



CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA- CUC
DECANATURA DE DERECHO
PREGRADO

PROYECTO DE GRADO

**PROPIEDAD INTELECTUAL: EL SECRETO EMPRESARIAL, COMERCIAL O
DE FÁBRICA**

ACUÑA BENJUMEA LINA MARCELA

BARRANQUILLA - 2014

**REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS SECRETOS EMPRESARIALES,
COMERCIALES O DE FÁBRICA EN COLOMBIA.**

LINA MARCELA ACUÑA BENJUMEA

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADA

ASESOR

DR. JASSIR ALVAREZ ESTRADA

**UNIVERSIDAD DE LA COSTA CUC
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA - 2014**

Nota de Aceptación

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Barranquilla, Abril del 2014

Esta monografía de grado la dedico de manera especial a Allah Subhana wa t'ala, a mis Padres, Hermanos, a mis Abuelas, mi Madrina y a todos los Profesores de esta Facultad de Derecho, que me transmitieron los amplios conocimientos que me tienen a un paso de convertirme en abogada. Durante todo este proceso no tengo más que expresar que un total agradecimiento y respeto hacía cada uno de ellos.

En verdad, el hombre camina hacia su perdición, Excepto quienes crean, obren bien, se recomienden mutuamente la verdad y se recomienden mutuamente la paciencia.

(Quran, Surat Al-Asr, Ayat 3)

Mis más sinceros agradecimientos para todos los Docentes que fomentaron mi amor hasta esta hermosa carrera de la **ABOGACÍA**; así mismo como para mis compañeros que me demostraron que a pesar de las críticas y los obstáculos se puede salir adelante; Doctor Jassir Álvarez una vez más gracias por su colaboración en la elaboración de este trabajo y para finalizar como no agradecerles a mis padres, mis hermanos, mi abuela y mi madrina, quiénes siempre han estado ahí apoyándome.

Los Agradecimientos para todas y cada una de las personas que estuvieron acompañándome en este arduo proceso y sobre todo para Dios, quién hizo todo esto posible.

RESUMEN

Al realizar esta monografía de grado para optar al título de abogada, se da mayor veracidad a la importancia del concepto de Secreto Empresarial, Comercial o de Fábrica en Colombia, el cual consiste en toda información que no ha sido divulgada y que se encuentra en manos de una persona natural o jurídica legítimamente. Así mismo permite conocer que para considerar a una información parte de esta clase de secretos, es menester que está permita usarse en actividades de índole productivo, industrial o comercial, siendo por ende susceptible de transmitirse a un tercero, siempre y cuando reúna los requisitos establecidos en la Decisión 486 de la Comunidad Andina del año 2000, como son: 1. Que la información no sea generalmente conocida; 2. Dicha información debe representar un valor comercial y; 3. Se opte por medidas necesarias para mantener la información en su carácter de Secreto. Esta clase de secreto, también abarca los Secretos Industriales, al contener un carácter técnico, tal como los Secretos comerciales están orientados a fórmulas, modelos o métodos para hacer negocios.

El Estado Colombiano desde la presente Constitución de 1991, se ha dedicado a definir sobre qué personas recae el deber de confidencialidad de los Secretos Empresariales, Comerciales o de Fábrica, entre los cuales señala a las personas que figuren como titulares directos del derecho al secreto; las terceras personas autorizadas por el titular del derecho; adicionalmente cuando se encuentran en convenios espacios para transmitir conocimientos técnicos, asistencia técnica o provisión de ingeniería básica o de detalle, es factible fijar cláusulas de confidencialidad para proteger los secretos Empresariales, Comerciales o de Fábrica

contenidos durante los mismos, teniendo en cuenta que las cláusulas fijadas no pueden contrariar la libre competencia.

Palabras Claves: Secreto Empresarial, Información, Comunidad Andina, valor comercial, Valor tangible o intangible.

ABSTRACT

When I started to do this monography for having for the title of lawyer, It allowed greater accuracy is given to the importance of the concept of business Secret , commercial or Factory in Colombia, which consists of any information that has not been disclosed and it is in the hands a natural or legal person lawfully . It also allows us to know that for having this information like a part of this kind of secrets, it is necessary that it can be used to allow productive activities, industrial or commercial, thus being liable to be transmitted to a third party, provided that it meets the requirements established in Decision 486 of the Andean Community in 2000, such as:

1. The information cannot be generally known,
2. This information should represent a commercial value and
3. Opting for measures required to maintain the information in his capacity as Secret.

This kind of secret also covers industry Secrets because to contain a technical nature, so such as trade secrets are oriented formulas, models or methods of doing business.

The Colombian State with the present 1991 Constitution, has been devoted to defining what people must have in secret or confidentiality the business secrets, commercial or Factory, including in this case to the persons listed as direct owners of the right to privacy ; third persons authorized by the right holder; and other case is when in spaces like conventions to convey expertise , technical assistance, provision of basic or detailed engineering , where is feasible to set confidentiality clauses to protect trade secrets, considering that the confidentiality clauses cannot thwart competition free.

Keywords: Trade Secret, Information, Andean Community, market value, tangible or intangible value.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	11
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
1.1 Formulación de la Pregunta Problema	13
OBJETIVOS	14
General	14
Específicos	14
IMPACTO INTERNO	15
CAPÍTULO I	158
1. DEFINICIÓN Y CLASIFICACIÓN DEL SECRETO EMPRESARIAL, COMERCIAL O DE FÁBRICA	18
1.1 ¿Qué es el Secreto?	18
1.2 Clasificación de los secretos	32
CAPÍTULO II	43
2. DEFINICIÓN DE LOS LÍMITES JURÍDICOS DEL SECRETO EMPRESARIAL, COMERCIAL O DE FÁBRICA	43
CAPÍTULO III	57
3. REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS SECRETOS EMPRESARIALES, COMERCIALES O DE FÁBRICA	57
3.1 Normatividad Jurídica	57
4. DERECHO COMPARADO	76
CAPITULO IV	83
CONSIDERACIONES FINALES	83
CONCLUSIONES	88
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	92

LISTA DE FIGURAS

	Pág.
Figura 1. Clasificación general de los Secretos	33
Figura 2. Otro tipo de clasificación de los secretos empresariales	344
Figura 3. Clasificación específica según la juridicidad	355
Figura 4. Clasificación específica en razón de la materia	366
Figura 5. Clasificación específica en razón de la titularidad	388
Figura 6. Clasificación específica en razón del alcance	40

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, en Colombia, se ha manejado de una u otra forma, el tema de la propiedad industrial, y propiamente sobre un término que ha existido desde siempre, pero que ha cogido importancia en la última década, se habla del Secreto empresarial, comercial o de fábrica, el mismo que antes de ser identificado propiamente como tal en el ordenamiento Jurídico colombiano empleaban el Know how como sinónimo, en el entendido a una información secreta, de la cual gozan las personas, bien sean naturales o jurídicas, que crean o hacen nuevas innovaciones en formulas, diseños, investigaciones, y demás categorización de algo que, presente del ingenio una información que no es generalmente conocida por los consumidores o cualquier otra persona, y así mismo que dicha información no sea fácil de obtener, por lo que en resumen, se puede decir que la utilidad de esa creación o invención sea practica en los negocios, otorgando al titular de esta, una ventaja en el campo económico, en relación a la competencia mercantil que ejercería dicha creación.

Los secretos empresariales, por el hecho de ser secretos, necesitan ser protegidos, para garantizar un equilibrio en la sociedad, en este caso se habla del ámbito mercantil, para evitar el desarrollo de actividades que se alejan de las buenas costumbres, como lo es la Competencia desleal.

Razón por la cual, en este trabajo se presenta un análisis descriptivo de la legislación existente en Colombia sobre el secreto empresarial, comercial o de fábrica, para constatar si es o no suficiente la protección que el Estado Colombiano le proporciona al respecto.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La propiedad, es la potestad de una persona natural o jurídica, para usar y disponer de un bien. Si se habla sobre un bien corporal, se puede referir al derecho de propiedad común, pero si el poder o potestad que se ejerce es sobre un bien incorporeal, en el caso bien sea de una innovación científica o creación artística, en lugar de un derecho común, se habla de propiedad intelectual, esta última, es ese derecho que tiene el autor sobre la forma creativa en que ordenó, cada una de las palabras empleadas y los gráficos adoptados para dar a conocer sus ideas, de manera sistemática y accesible a los demás.

En el derecho de propiedad intelectual se habla de diversas cosas, es decir, se puede encontrar en este, bien sea una patente, un secreto industrial o comercial, una marca y el derecho de autor.

En la mayoría de los países la legislación divide los bienes incorporeales en dos grandes grupos que son: Derechos de Autor y Derecho de Propiedad Industrial.

Ahora bien, en cuanto al primer grupo de estos bienes incorporeales, es decir, a los Derechos de Autor, se puede decir, que hacen referencia a las obras literarias, artísticas y el software; mientras que si se habla del segundo grupo, se podría referir a los signos distintivos y las nuevas creaciones, las cuales a su vez, tienen una subdivisión; pero en este caso, se puede referir a las nuevas creaciones, pues es en esta división de la propiedad industrial, donde se encuentra en la subdivisión, le dan cabida a los secretos empresariales, comerciales o de fábrica;

ya que las nuevas creaciones, son bienes que propiamente no tienen una existencia física, es decir, son propias de la invención humana, dicho de otra forma este bien proporciona nuevas realidades a lo cual surge la necesidad de proteger la invención o innovación principal, mediante el empleo de figuras como lo son: Los secretos empresariales o comerciales, sin desconocer que existen otras ciertamente válidas. Esta figura del Secreto empresarial o comercial, depende exclusivamente del titular del derecho y no del estado, porque al fin y al cabo es quién obtiene la información primordial.

Sin embargo, en Colombia a diario se hace posible tropezarse con actos de competencia desleal que deja entre dicho, si el Estado proporciona realmente garantías para la protección de este derecho industrial y si hay esas garantías o regulación, si son realmente efectivas al momento práctico.

1.1. FORMULACIÓN DE LA PREGUNTA PROBLEMA

¿CÓMO ESTA REGULADO JURÍDICAMENTE EL SECRETO EMPRESARIAL, COMERCIAL O DE FÁBRICA EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN COLOMBIA?

OBJETIVOS

GENERAL

Analizar la regulación jurídica del Secreto Empresarial, comercial o de fábrica en materia de Propiedad Intelectual en Colombia.

ESPECÍFICOS

- Definir y clasificar el secreto empresarial
- Definir los límites jurídicos del secreto empresarial
- Identificar la normatividad existente sobre el secreto empresarial en Colombia, Ecuador y Perú.

IMPACTO INTERNO

Realizar un trabajo de esta naturaleza sobre la aplicación de la normativa de los Secretos Empresariales, Comerciales o de Fábrica en el ordenamiento jurídico colombiano es una tarea muy importante, toda vez que permite extender el espacio de ejecución de una libre y sana competencia, la cual involucra a todas las personas naturales o jurídicas que se encuentran involucrados en el Derecho Comercial. En este mismo sentido, podemos decir que el asunto de los Secretos Empresariales vincula directamente a los ciudadanos, en tanto que mediante el ejercicio de la competencia también se debe velar por respetar los Derechos de los consumidores, razón por la cual el Estado ha instituido diferentes autoridades, que cumplen con estas funciones.

Este Tema a su vez, enmarca una importante connotación cultural en la medida en que pretende fomentar el ejercicio de la libre competencia en base a derecho para que de esta forma se pueda respetar el significado del Secreto bajo la luz de la Constitución Política de Colombia, el cual proporciona distintividad en el mercado mediante la explotación correcta del mismo; Así mismo, es factible señalar que debido a las estrategias empleadas para escalar en el mejor posicionamiento frente a los consumidores se ha generado la posibilidad de que generaciones futuras conozcan de donde viene y, cual es la mejor manera de dirigir un enfrentamiento Comercial.

No obstante lo anterior, el desarrollo de esta temática es de amplia trascendencia para el Estado porque, en virtud de todas las controversias esbozadas por el constituyente primario, el cual enmarca la obligación que tiene el Gobierno de respetar y garantizar el derecho al Secreto,

el derecho a la libre competencia y demás derechos vinculantes por su naturaleza, pero al mismo tiempo le impone la obligación de actuar dentro del marco jurídico preestablecido, so pena, de verse afectada la estabilidad económica del país.

Ahora bien, este tema reviste importancia del mismo modo para los abogados especializados en Propiedad Intelectual e Industrial, en la medida en que para el ejercicio de los diferentes medios de control existentes pueden contar con la disponibilidad de un marco jurídico apropiado para sus pretensiones y fundamentos de derecho.

En base al párrafo anterior, es pertinente resaltar que, para el funcionario encargado de la protección de los Secretos Empresariales, Comerciales o de fábrica, es indispensable la aplicación del marco jurídico tratado, toda vez que mediante el uso del mismo se establece el criterio de responsabilidad de las partes involucradas, una vez que la decisión expuesta se produzca conforme a derecho.

Sin embargo, no podemos desestimar a las personas naturales y/o jurídicas sobre las que este tema tiene un impacto directo, toda vez que son las personas que pueden ser beneficiadas con el ejercicio y, control de la Libre y sana competencia derivada del respeto entre cada uno de los agentes del comercio.

El tema tratado y desarrollado, permite que las personas sobre las cuales se genera un impacto directo tengan conocimiento del alcance de sus derechos para hacerlos efectivos en la medida en que estos hayan sido afectados, directa o indirectamente.

Finalmente, este trabajo sobre un tema, que ha existido pero que solo hasta ahora se está explorando como es debido, proporciona una vital herramienta para los estudiantes de derecho, una vez que con este trabajo se hace apertura a un debate sobre un tema novedoso e importante, con auge en la sociedad moderna.

CAPÍTULO I

1. DEFINICIÓN Y CLASIFICACIÓN DEL SECRETO EMPRESARIAL COMERCIAL O DE FÁBRICA

1.1 ¿QUÉ ES EL SECRETO?

La experiencia es más que un conocimiento, es un arte que se aprende de cada cosa de la vida y así mismo, son los secretos, los cuales solo se aprecian como tal, cuando se especifica que son bienes que dependiendo de su origen natural o jurídico, necesitan que cuidadosamente se reserven u oculten, con el fin de evitar un daño al titular de la información objeto de dicha reserva o por el contrario un daño colateral a un grupo de personas, ya sean naturales o jurídicas que dependen de salvaguardar el secreto de los demás, es decir, de evitar que este sea público.

Por otro lado, no se puede desconocer que a la luz del mundo moderno, el hombre ha definido el secreto como la aprehensión cognoscitiva que posee exclusivamente un sujeto de derecho sobre las propiedades de una cosa o sobre un procedimiento que resulte trascendental y crucial para diferenciar la utilidad de dos o más productos de características y funciones similares.

Ahora bien, se preguntarán por qué se está hablando del secreto en términos generales, cuando la temática referida, es más clara y directa, pero resulta imprescindible, para llegar a lo específico comenzar a hablar o dar detalles de lo comúnmente conocido por todos, con el fin de hacer factible el estudio de la raíz que da desenlace de lo que es y será, en un todo o una parte de

lo verdaderamente importante. Sin embargo, lo que es el secreto es más allá de una protección o aprehensión de conocimiento, es decir, va de la mano con un código de moralidad que identifica a cada ser humano, en cuanto al grado de confianza y confidencialidad conferido por otra persona indistintamente, si es natural o jurídica.

En base a lo inmediatamente anterior, una cosa o producto para ser considerada como secreto, debe contar con diversos elementos que se tornan característicos de su origen, y dichos elementos son:

1. La Posesión
2. La Información
3. Ocultar
4. Custodiar
5. La Exclusividad

Para entender por qué es menester en cada uno de ellos, se puede, decir, lo siguiente:

1. Que la posesión, va más allá de asimilar mentalmente la información reservada, es decir, que este elemento requiere que quién sea sujeto de obligación, en relación al secreto, tenga no solo la información intelectualmente, sino también materialmente, lo cual será garantía de su vínculo entre el secreto, su derecho y su obligación.

2. Que la información, es lo que constituye o da origen a que su contenido sea considerado como secreto, ya que es el objeto que se tiene reservado y oculto de los demás, y sin este no hay secreto; entiéndase también, queridos lectores, que la definición de información, se da en el sentido más amplio, es decir, no solo se trata de documentos *Stricto Sensu*, sino por el contrario, abarca o hace referencia del mismo modo a las listas de clientes, estrategias, firma digital, correo electrónico, nombres y claves de acceso, datos comerciales y datos personales y cualquier otro medio que se encuentre aislado del público, y al cual solo una persona o un grupo selecto de personas tiene acceso a ella, con el fin de explotarla en beneficio del titular primario del secreto y posteriormente de los poseedores, para alcanzar un fin económico, primordial, efectivo, verídico y diferencial entre una persona natural o jurídica de otras que desarrollan la misma actividad, arte u oficio.
3. Que el verbo Ocultar, como elemento del secreto, es una de las características preponderantes, para considerar una información como secreto, ya que una cosa que se mantiene oculta no es más, que algo desconocido de facto o relativamente por los demás.
4. Que el verbo Custodiar, no es más en la definición del secreto, que ejercer un cuidado riguroso y minucioso sobre el objeto material del secreto, que es la información.

5. Que la exclusividad, en el secreto, es entendida como el privilegio que solo una persona tiene de conocer la información de este o por el contrario, el privilegio que tiene un grupo de personas para conocer de él.

Una vez identificados los elementos que ha de tener una información para ser considerada secreto, se puede decir que tener acceso a dicho secreto, puede darse acorde a derecho o no, en otras palabras, es cuando se habla de una posesión legítima o ilegítima; entendiendo por posesión legítima, aquella que se da bajo los parámetros de la ley, sin la aplicación de la coerción; y la posesión ilegítima, es la que contraria la ley, e implementa la coerción para tener acceso al secreto, lo anterior no quiere decir que todo acto ilícito para la posesión del secreto sea por la aplicación de la fuerza.

Por el momento, solo se ha dedicado a realizar una profundización en una definición a la cual se está acostumbrado a responder vagamente, por la simplicidad misma en la que se quiere vivir, sin darse cuenta que este mundo fluctuante es más complejo en los actos que se pretenden emprender por facilistas que parezcan, y en este mismo sentido es el secreto, porque este no es solo eso, no solo es ocultar, no solo es reservar, no solo es custodiar, no solo es alejar una información de alguien.

El secreto es más que eso, mucho más, pues es lo que puede hacer la diferencia entre el triunfo y el fracaso, si se ve desde el punto de vista competitivo, si dos empresas de chocolates a la que se denominará Empresa “X” y Empresa “Y” tienen estándares de calidad muy delimitados y cada una de ellas tiene una amplia lista de clientes, que a simple vista, las hace iguales en el

mercado, pero que mediante un estudio detallado de sus ganancias se da cuenta que la Empresa “Y” tiene mayores ingresos que su competencia y que mediante un minucioso examen de calidad, se identifica que el Chocolate de la Empresa “Y” tiene un sabor que lo diferencia de los demás, pero no se tiene acceso a los ingredientes de la preparación (Secreto de la Empresa) porque al tener acceso a dicha información, es conocer lo que hace de su chocolate único, y lo que se mantuvo oculto pasaría a ser de conocimiento público, dejando la posibilidad a cualquier otra persona natural o jurídica de imitar el producto de esta, ocasionándole una pérdida económica sustancial y por consiguiente lo que la estandarizaba como la mejor empresa al mantenerse en privado y bajo reserva, desaparece.

Una vez comprendido lo que es el secreto, y lo que ocasionaría al hacerse público, es menester que como sujetos de derechos se conozca, que como todo, este también tiene unas obligaciones en cabeza del titular y poseedor del mismo, las mismas que se aplican al Secreto comercial, de empresa o fábrica.

En razón a dichas afirmaciones, se debe preguntar: *¿A qué puede obligar un secreto?* Bueno, la respuesta a este interrogante depende de las causas que derivan de dicha información; catalogando en este sentido, la importancia de señalar los elementos de la obligación que nos enseñaron en las clases de Derecho Civil: Obligaciones, dichos elementos son:

- Sujeto Activo: Aparentemente el sujeto activo es el titular del derecho al secreto, y se considera que es quién tiene la facultad de ejercer las acciones administrativas y judiciales que se derivan de la vulneración de su derecho.

- Sujeto Pasivo: En palabras simples y comunes, es referirse a quién realiza la conducta, para el caso en concreto, quién realiza la conducta desleal.
- Objeto: Información oculta, custodiada y reservada.
- Causa: Razón o motivo para mantener oculta una información

Ahora bien, antes de entrar a interpretar más extensamente, los secretos Comerciales, de Empresa o de fábrica, es imprescindible señalar que en este siglo, existe un alto riesgo para las empresas, en que sus secretos puedan dejar de estar ocultos y pasen a conocimiento público, debido a sus propios empleados, ya que tienen acceso a la información que se maneja, permitiendo copiarla, destruirla, modificarla o suprimirla de la base de datos de la empresa; entendamos en este sentido, base de datos, como los mapas, documentos confidenciales, correos electrónicos, diseños de productos y demás información que constituya un amplio ingreso económico para la actividad comercial que realiza la compañía.

Anexo a ello, se está en un medio competitivo que se incrementa diariamente, en este entorno empresarial, lo que causa que los empleados realicen o se conviertan en una parte fundamental, a la hora de la protección de la propiedad intelectual de aquellas empresas donde prestan sus servicios, motivo por el cual, se han creado diversos mecanismos jurídicos y técnicos, que se han venido utilizado para proteger los activos provenientes de la Propiedad Intelectual de estas, y conseguir consecuentemente la lealtad de los empleados, que no es una

tarea fácil, pero que se torna de vital importancia a la hora de proteger los ingresos; lo cual, hace que las empresas busquen mecanismos que fomenten este principio entre la familia empresarial.

Razón por la cual, podemos discernir, que el sujeto activo, dependiendo de las circunstancias, no necesariamente implica que sea el titular del derecho, sino que más extensamente, puede referirse a la persona a quién la legislación permite que pueda demandar, bien sea natural o jurídica, y en este caso, cualquier persona que participe o demuestre su intención de participar en el mercado, probando el perjuicio actual o inminente sobre sus intereses económicos debido a un acto desleal de otra persona natural o jurídica; Las asociaciones gremiales en beneficio de sus miembros; Las asociaciones de defensa del consumidor; y El Procurador general de la Nación. Así mismo también puede demandar quién se sienta sujeto a un secreto de gran magnitud, como es el caso de los profesionales: un Abogado, un Psicólogo, un periodista, una vez que debido a las profesiones señaladas y otras íntimamente relacionadas con la ética profesional, son considerados los principalmente obligados a guardar un secreto.

Consecuentemente con lo anterior, y determinándolo en cuanto al secreto empresarial, comercial o de fábrica se puede remitir a la decisión 486, donde se encuentra, lo señalado en el artículo 264, que dice:

“Quien posea legítimamente un secreto empresarial podrá transmitir o autorizar el uso a un tercero. El tercero autorizado tendrá la obligación de no divulgar el secreto empresarial por ningún medio, salvo pacto en contrario con quien le transmitió o autorizó el uso de dicho secreto.

En los convenios en que se transmitan conocimientos técnicos, asistencia técnica o provisión de ingeniería básica o de detalle, se podrán establecer cláusulas de confidencialidad para proteger los secretos empresariales allí contenidos, siempre y cuando las mismas no sean contrarias a las normas sobre libre competencia. ”

Para lo anterior, es importante tener en cuenta, que en el medio de la Propiedad Industrial y la Propiedad Intelectual, los Secretos Comerciales, de empresa o de fábrica, no son más que aquellos instrumentos que permiten usar, para manejar adecuadamente, complementar y fortalecer los demás instrumentos arrojados al comercio; y el buen manejo de estos secretos, permite a las empresas que fortalezcan otros activos que poseen provenientes de la Propiedad Intelectual, como lo es el fortalecimiento de la marca de la cual son titulares. De ahí, que se diga que el sujeto pasivo, es el receptor del secreto, a quién el titular le confió la información oculta, y esta persona natural o jurídica, se obliga a partir de ese momento, a reservar y custodiar dicha información, siempre y cuando se sea consciente que sobre él recae la labor de evitar que el secreto se haga público sin autorización del titular; esta acción o particularidad, se debe a que la carencia de conciencia, no obliga al cumplimiento del principio de reserva, eso sin confundir carencia de conciencia con negligencia, porque son términos completamente diferentes; y en este sentido, se puede hablar de diversos agentes que guardan el secreto conocido de diferentes formas, dichos agentes son:

1. Quién accedió de forma legítima al Secreto; en este punto se puede ubicar claramente a los profesionales, como los médicos, los psicólogos, los administradores, el

abogado, entre otros; los cuales solo están autorizados por la ética profesional a usar dicho secreto en la forma prescrita o establecida por el titular. En el mismo sentido, se debe entender como acceso a la información de carácter legítimo, el obtenido en razón de un accidente o por un evento fortuito. Todo lo anterior fuera de los accesos permitidos por el legislador de manera taxativa en la Ley.

Y así mismo, al referirse a este, es tener presente que el poseedor de una información puede serlo bajo el estatus *sub conditione*, es decir, que dicho poseedor no puede utilizar ese secreto para beneficio propio o transmitir dicha información a un tercero, una vez que la condición corresponde, a que el poseedor tiene o tuvo acceso a la información objeto del secreto por su estado de empleado del titular del secreto y fuera de este, el poseedor debe fingir que nunca tuvo conocimiento o acceso a la información.

2. Quién ha accedido ilegítimamente al secreto es cuando por medio de instrumentos ilícitos o desleales, alguien tiene acceso a datos confidenciales y eso ya se convierte en una conducta desleal porque no tiene autorización del titular.

Sin embargo, pese a que el secreto se obtiene ilícitamente, puede mantener la licitud, si cuando sin autorización, esta persona mantienen dicho secreto en reserva.

3. Agente Particular: Cuando el titular del secreto accedió a este de forma indirecta pues se aprovechó de una infracción contractual.

Objeto: Es la información que se debe mantener oculta, y se clasifica en:

Objeto Material: Es la información contenida en herramientas físicas como bases de datos, documentos u otro medio físico que contenga la información indispensable para constituir el derecho, el cual debe ser ocultado o mantenido en reserva.

El Objeto material, en palabras simples, es muy extenso, comenzando porque la definición de “Documentos”, que algunos estudiosos del derecho han establecido, no es específicamente en *Stricto Sensu*.

El Objeto Formal: Es el conocimiento como tal del secreto, es decir, es la aprehensión propiamente dicha de la información con deber de reserva, y así mismo es la reserva de la información transmitida *sub conditione*, ya que si no existe una condición de reserva sobre la información proporcionada, no existe la obligación de secreto sobre la misma.

Ahora bien, Otamendi (1994), referente al objeto dice:

El ámbito material, el objeto del secreto, es prácticamente ilimitado, pudiéndose extender a cualquier aspecto de la empresa, tanto da que se trate de técnicas de fabricación, prácticas manuales o composición de materias primas, datos comerciales o financieros, de cualquier clase o incluso planes o proyectos de futuro, estrategia empleada o intención de suscribir un contrato o de adoptar una decisión.

Causa: es la razón por el cual es posible mantener un secreto o por el contrario hacerlo público, permitiendo que exista el derecho al secreto o a determinar al secreto como un acto prohibido.

En fin, para concluir, con la definición del secreto en sentido general vamos a hablar sobre el secreto empresarial, su naturaleza, características y finalidades, para cerrar en el punto importante de este trabajo, “El secreto en sentido particular determinado claramente”

En tal sentido, entenderemos de ahora en adelante al secreto, como ese método o proceso de producción del comercio, debido que para mantener una información empresarial en secreto se crearía una prestación económica favorable al titular de dicho secreto.

Sin embargo, no es raro que se cuestionen sobre ¿Qué es el Secreto Comercial, de empresa o de fábrica? Y esa respuesta la podemos encontrar de cierto modo y taxativamente, en el artículo 260 de la decisión 486 de la Comunidad Andina, donde se establece:

Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea y que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

a) Secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;

- b) Tenga un valor comercial por ser secreta; y
- c) Haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.”

Debido a lo anteriormente citado, esta clase de secretos son acreedores a un mayor cuidado, en cuanto a la custodia y reserva de los mismos; pero al mismo tiempo, se puede decir, que los Secretos Comerciales, de Empresa o de fábrica, pueden ser protegidos sin necesidad de la existencia de un registro, dicho en otras palabras, sin necesidad de formalidades especiales en el procedimiento, permitiendo que sea factible su protección desde el primer momento de su existencia y por un periodo ilimitado, una vez que la información, objeto del secreto cumpla con determinadas condiciones, las mismas que permiten establecer si esa información, es considerada por la legislación existente como fuente de protección para la competencia sana y leal.

Ahora bien, es menester tener en cuenta que las condiciones que debe cumplir una información que se presume constituye un secreto empresarial, no son fáciles de demostrar, ya que si bien varían, dependiendo del país donde se pretende proteger, la globalización del derecho, ha abierto ampliamente las puertas, para formar un conglomerado de normas generales sobre el área comercial, y si bien pueden variar en algunos aspectos, la OMPI (2006), ha hecho accesible el conocimiento de dichas diferencias y ha permitido el acceso a la interacción con la legislación respectiva de todos los países asociados.

Antes de entrar a detallar un poco más lo que he venido hablando, se considera importante mencionar, que la Decisión 486 de la Comunidad Andina, en su artículo 261, manifiesta en su párrafo primero y de manera superflua, qué información no es considerada como secreto Comercial, de Empresa o de Fábrica, todo ello mencionado o señalado expresamente de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 261- A los efectos de la presente Decisión, no se considerará como secreto empresarial aquella información que deba ser divulgada por disposición legal o por orden judicial.”

De la misma manera, el citado artículo en su segundo párrafo, establece que no siempre que el titular da a conocer una información, esta entra a ser de conocimiento público, ya que eso depende de las intenciones que lo llevaron a revelar su secreto, es decir, en casos concretos, y para ello, detengámonos a identificar dichas situaciones mencionadas de la siguiente manera:

...No se considerará que entra al dominio público o que es divulgada por disposición legal, aquella información que sea proporcionada a cualquier autoridad por una persona que la posea, cuando la proporcione a efecto de obtener licencias, permisos, autorizaciones, registros o cualesquiera otros actos de autoridad. (Comunidad Andina)

Una vez, teniendo conocimiento de lo señalado por la Comunidad Andina en los artículos 260 y 261, se puede hacer alusión a las condiciones que se debe cumplir al momento de pretender acceder a la protección de una información, bajo la calidad de Secreto Comercial, de Empresa o de fábrica, las cuales se encuentran contenidas en el artículo 39 del Acuerdo Sobre los

Derechos de la Propiedad Intelectual, y que igualmente la Comunidad Andina, se dedicó a delimitar muy bien, dichas condiciones radicaban principalmente en:

1. Que la información debe ser secreta; difícilmente accesible.
2. La información debe tener un valor comercial, para ser efectivamente objeto de protección. Para ellos, se debe señalar que la doctrina ha definido la competencia económica como:

“El ejercicio de la libertad en procura de captar la clientela, colocando en el mercado productos y servicios a precios, calidades y en condiciones contractuales diferentes a los demás participantes.” (Comunidad Andina)

3. Que el titular del derecho, haya tomado todas las precauciones necesarias, mediante medidas razonables, que impidan el acceso a la información, considerada como Secreto.

En conclusión, todas las empresas tienen secretos Comerciales, de empresa o de fábrica; solo que algunas de ellas, manejan con mayor entereza y propiedad, la importancia que emana de esos secretos, mientras que otras, solo comienzan a apropiarse de sus secretos, una vez que estando en el mercado, se despliega una competencia desleal, que trata de afianzarse por medio de los mecanismos de escalonamientos, empleados por una u otra empresa, ya altamente posicionada; bien sea por la apropiación de la lista de clientes o los planes de comercialización.

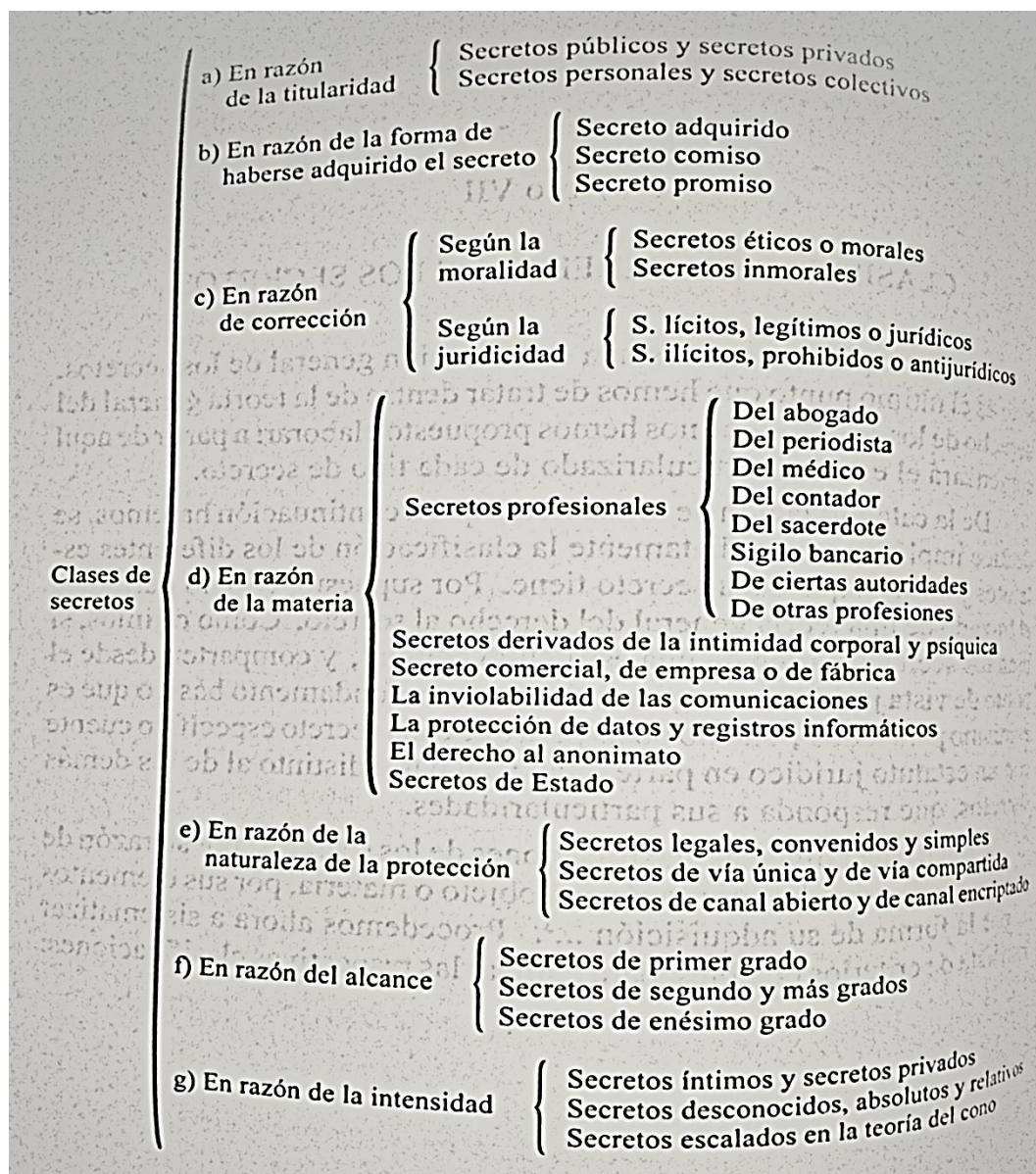
Sin embargo, en el entorno en el que actualmente se maneja el comercio, es un indicador que cualquier factor que proporcione un posicionamiento para una empresa, siempre que sea originario del empresario y no sea de uso común, debe ser objeto de protección.

1.2 CLASIFICACIÓN DE LOS SECRETOS

En esta segunda parte del primer capítulo, se relacionará una clasificación general de los Secretos, tal como lo mencionó Martínez Villalba, J.C.(2008) (Véase Figura 1), cuando sistematiza dicha clasificación a partir del estudio realizado de varios autores; para posteriormente manejar a mi criterio de manera más particularizada la clasificación de los Secretos Comerciales, de empresa o de fábrica.

La forma de desarrollo de este acápite, comienza por la clasificación de los Secretos que se ha dado a conocer, procedente de un arduo estudio de las diferentes normativas jurídicas de los países que regulan el denominado “Derecho al Secreto”, como lo veníamos diciendo al inicio del párrafo inmediatamente anterior. Sin embargo no nos centraremos, en dar mayores explicaciones de esta, porque considero poco relevante, el basarse en ella, cuando el tema de atención, está seriamente delimitado.

Una vez dicho esto, se puede decir que la clasificación general de los Secretos es la siguiente:



Fuente: Martínez Villalba, J.C.(2008)

Figura 1. Clasificación general de los Secretos

Al respecto de Figura 1, se debe decir que dicha clasificación es demasiado extensa y poco sistematizada, porque puede llegar a confundir a las personas que comienzan a interesarse en la temática de los Secretos Comerciales, de Empresa o de fábrica; en cuanto que al detenerse a estudiar el tema de manera profunda, es factible ver que se pueden suprimir varias de las clasificaciones mencionadas, sin que por ello signifique que son menos importantes, en otras palabras se hace posible manejar otro tipo de clasificación, y es menester manejarla de la siguiente manera:

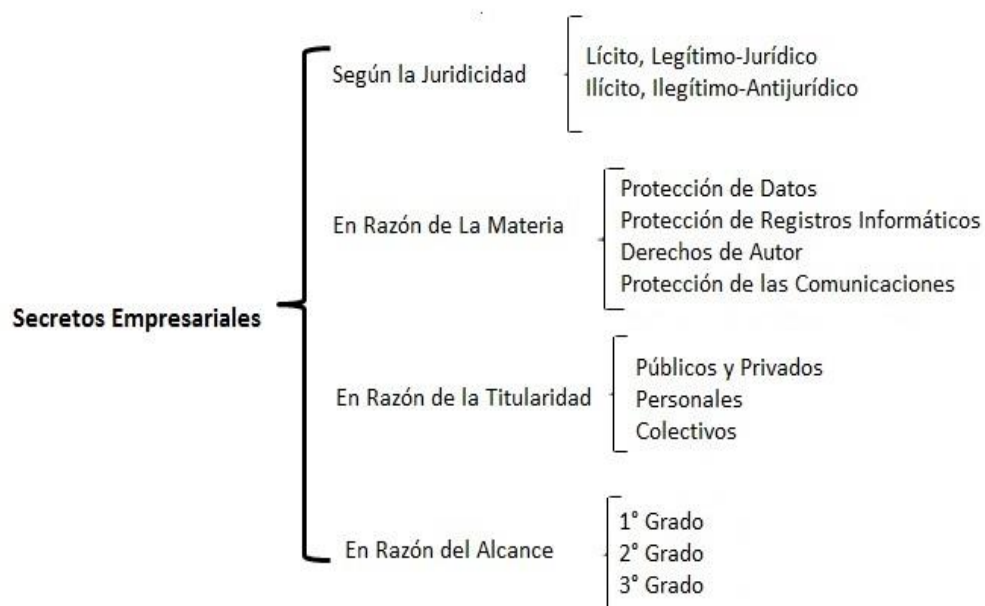


Figura 2. Otro tipo de clasificación de los secretos empresariales

Fuente: elaboración propia

Lo Anterior porque permite un mejor manejo, y hace factible la aprehensión de la información por los lectores, una vez que hoy día el conocimiento de las diversas temáticas, debe tomarse más dinámico y poco ortodoxo, pues la sociedad actual es constantemente variable, así

como las generaciones, tanto que si antes los abuelos buscaban la información en las enciclopedias, hoy por hoy se ubica en la internet.

Sin embargo, para no dejar al aire, la clasificación que está relacionada en la figura 2, es importante entrar a tratar, cada una de ellas, por lo cual se hará de la siguiente manera:

Clasificación:

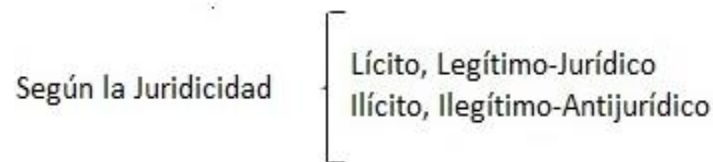


Figura 3. Clasificación específica según la juridicidad

Fuente: elaboración propia

Lícito, legítimo-jurídico: Son los Secretos Comerciales, de Empresa o de Fábrica, que se orientan en base a derecho, es decir, que no contrarían las leyes establecidas, respecto del tema.

Ilícito, ilegítimo-antijurídico: Son los Secretos Comerciales, de Empresa o de Fábricas, de carácter prohibido para el público e inclusive para personas de relativa confianza; así mismo se le llaman secretos ilícitos, a los que han sido adquiridos de forma contraria a derecho, es decir, que no respeta la legislación existente.

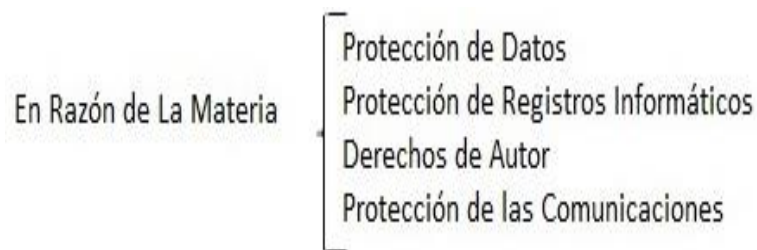
Clasificación:

Figura 4. Clasificación específica en razón de la materia

Fuente: elaboración propia

Esta Clasificación plasmada en la figura 4, no es propiamente en relación a los secretos, por el contrario es respecto de la Protección de dichos secretos, según la Materia.

Protección de datos: es considerada como la protección de los secretos financieros, contenida en la Ley 1266 de 2008, la cual refiere a la tan conocida *Ley del Habeas Data*, la cual se aplica también a los datos financieros, crediticios, comerciales y de servicios que una persona natural o jurídica, posea registrados en un Banco.

Por otro lado, cuando se habla de la protección de datos, debemos también ser conscientes de los datos personales, regulados en la Ley Estatutaria 1581 del 2012, pues el estado debe velar por la privacidad de la información, al ser una temática de preponderante importancia para las empresas a nivel nacional e internacional, motivo por el cual el legislador, está trabajando en una regulación sobre estos en el sentido de la protección de los Secretos Comerciales, de Empresa o de Fábrica; pues el mal uso de esta información, se puede constituir en delito.

Protección de registros informáticos: En relación a los Registros informáticos, se puede referir a la protección que se debe proporcionar de la información mantenía en línea o en internet. Al mismo tiempo, es necesario reconocer que se le llama registro, a la estructura tecnológica que maneja una capacidad de almacenamiento virtual, durante un tiempo determinado, para hacer uso de ella de manera permanente o temporal; razón por la cual, la jurisprudencia² ha determinado la protección de esta, debido a que las empresas, manejan altos niveles de información de manera magnética, hoy día e incluso las mismas personas naturales.

Lo anterior, está íntimamente relacionado con la protección de los datos.

Derechos de autor: Primero que todo, se debe mencionar que la regulación del Derecho de Autor se dio principalmente a partir de la ley 23 de 1982, donde en su artículo primero se señala, quiénes gozaran de protección:

Artículo 1, Ley 23 de 1982. Los autores de obras literarias, científicas y artísticas gozarán de protección para sus obras en la forma prescrita por la presente ley y, en cuanto fuere compatible con ella, por el derecho común. También protege esta ley a los intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión, en sus derechos conexos a los del autor.

Se preguntarán, ¿Qué relación hay entre este tema y los Secretos Empresariales? Pues la razón está en que si una empresa como Groupe Seb Colombia S.A., antes Industrias Metalúrgicas Unidas S.A. (IMUSA), registra una marca o un diseño industrial, con

características que hacen su producto distintivo de los demás, la Ley debe proteger dicho signo distintivo en cuanto a su forma de ejecución o herramientas de elaboración para el producto final, siempre y cuando eso no afecte los derechos de los consumidores.

Protección de las comunicaciones: Esta protección radica, en un principio en El principio de información, el cual se centra en la obligación que contrae el proveedor de servicios con los usuarios durante la prestación de los servicios, una vez que la información proporcionada, debe ser suministrada en forma clara, transparente, veraz, suficiente, cierta, completa, oportuna, y que no induzca en error.

Clasificación:



Figura 5. Clasificación específica en razón de la titularidad

Fuente: elaboración propia

Públicos: Cuando se habla de un secreto público, no se está refiriendo a un secreto de bien común; por el contrario se está refiriendo al titular del secreto, es decir, que la calidad de la persona sobre la quien recae el derecho del secreto sea una funcionario u órgano público. Adicionalmente, este tipo de secretos se conoce como información reservada.

Privados: En Razón del Secreto Público, se puede inferir que el Secreto privado corresponde a las personas que no tienen vínculo con estado, sean personas naturales o jurídicas. Adicionalmente, se conocen como información confidencial.

Personales: Los Secretos personales corresponden directamente a al titular del derecho no constituyen ningún beneficio para los demás el caer en conocimiento público la información oculta; sin embargo, esto depende del espacio-tiempo en que la información oculta deja de serlo para los demás. A modo de ejemplo, se puede citar como secreto personal, la virginidad de una mujer, la cual en una sociedad poco religiosa como Colombia eso puede ser poco relevante, pero en una Sociedad como la Islámica, se torna de importancia para la persona con la cual la mujer pretende contraer matrimonio. En ese sentido, es personal respecto para ella, pero se torna en colectivo cuando su prometido se convierte en poseedor de dicho secreto, sin desmeritarla como mujer por haber perdido su virginidad antes del matrimonio, por lo cual mantenerlo en confidencialidad para ambos se torna en un deber de cuidado, cuando la mujer podría ser castigada en su comunidad (En caso de ser una musulmana no conversa)

Colectivos: Los Secretos colectivos son aquellos en los que no solo hay un conocedor de la información, por el contrario, por autorización del titular hay un grupo determinado de personas que tienen acceso a dicha información, bajo la condición de reserva. Estos a mi consideración podrían ser los mismos derechos compartidos.

Clasificación:

Figura 6. Clasificación específica en razón del alcance

Fuente: elaboración propia

La Clasificación de la Figura 6, propiamente dicha corresponde hasta qué punto se puede mantener en reserva una información dependiendo de la cadena de personas que tengan acceso a la misma.

Secreto de primer (1°) grado¹: Cuando se refiere a los secretos de primer grado, a aquellos que solo son conocidos por el titular del derecho. En este grado del secreto, aun no se generan aquellas obligaciones que surgen de la comunicación de la información y en este punto solo existe protección, cuando ha sido aprehendido de forma ilícita.

Secreto de segundo (2°) grado: Los secretos denominados de segundo grado, corresponden a aquellos, donde ya no solo tiene conocimiento de esa información, el titular del derecho, sino que existe otra persona que se convierte en el confidente del primero.

Secreto de tercer (3°) grado: Desde este grado del secreto en adelante son los provenientes a partir del confidente del titular del derecho y son considerados poseedores de la información sub conditione, es decir, que son poseedores que cuentan con la obligación de mantener en reserva la información obtenida, creando en este sentido no solo obligaciones sino también derechos personales.

¹ El **Secreto de Primer (1°) Grado**, es conocido como derecho absoluto, aún si este es conocido por una persona natural o jurídica, sin autorización del titular.

Expuesto lo anterior, se puede considerar que emplear los secretos con esta clasificación o incurrir en esta cadena de transmisión de la información, se convierte en un arma de mutilación para el titular original del secreto, toda vez, que esta cadena incrementa a pasos de gigantes los riesgos de que dicha información caiga en dominio público y en razón de eso la protección obtenida en principio desaparecerá, al perder el sentido y la importancia de mantener oculta una información.

En este Sentido, la Decisión 486 de la Comunidad andina en su Artículo 262, establece:

“Quien lícitamente tenga control de un secreto empresarial, estará protegido contra la divulgación, adquisición o uso de tal secreto de manera contraria a las prácticas leales de comercio por parte de terceros”.

Respecto y con base a la clasificación de los secretos en razón de su alcance, se puede señalar que el artículo 262, en el literal a y siguientes, de la Comunidad Andina, se pueden diferenciar aquellos actos a los cuales los poseedores del secreto se encuentran obligados a no ejecutar, toda vez que señala que no se puede explotar, comunicar o divulgar un Secreto Empresarial sin autorización del Titular del derecho, al estar condicionados a mantener en reserva la información obtenida en razón de una relación contractual o laboral.

Ahora si la información obtenida, ha sido adquirida por medios ilícitos o contrarios a las buenas costumbres comerciales o mercantiles, es sujeto de sanción la persona que haya incurrido

en este acto de deslealtad y la misma se encuentra bajo el estatus sub conditione, una vez no puede hacer uso de ese secreto.

Para concluir con este capítulo, se puede inferir que de todo lo tratado hasta el momento, que un Secreto Comercial, de Empresa o de Fábrica es también conocido como secreto Empresarial o Industrial, y en razón de este surgen unos derechos y unas obligaciones que parten desde la transmisión del derecho a una o más personas, para lo cual es importante la protección del derecho legalmente obtenido. Así mismo, para hacer efectiva, la protección del derecho al secreto empresarial, es imprescindible que este cumpla los requisitos establecidos no solo en la legislación interna, sino también la contenida por medio de los tratados de libre comercio celebrados y de las disposiciones consagradas en la Decisión 486 de la Comunidad Andina.

Sin olvidarnos que el ejercicio del Derecho al Secreto, trae consigo algunos supuestos de limitación a su ejercicio y métodos determinantes en la efectividad de los mismos, los cuales trataremos en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO II

2. DEFINICIÓN DE LOS LÍMITES JURÍDICOS DEL SECRETO EMPRESARIAL, COMERCIAL O DE FÁBRICA.

Para observar los avances que se han propiciado a lo largo de la historia, referente de las ventajas y desventajas de los secretos Comerciales, de Empresa o de Fábrica mediante el desarrollo de este segundo capítulo, es relevante comenzar señalando que fue en la Edad Media² donde se comenzó a materializar la idea de proteger la información y la estructuración económico-social dominada por los gremios³.

Sin embargo, con la transformación de los tiempos fueron esos mismos gremios convertidos más tarde en gobernantes, quienes fomentaron la divulgación de aquellos secretos de la información, con el fin de incrementar los avances tecnológicos y comerciales, para lo cual proporcionaron privilegios⁴ para aquellas personas que logaran en todo o en parte dichos progresos.

² En la Edad Media se implementó el **Secreto de la Información** mediante la estructuración de bienes y herramientas para la eliminación de la competencia.

³ **Los gremios**, consistían en ese grupo de personas de notable riqueza, que controlaban todo lo referente a las materias primas, es decir, su venta y distribución. Así mismo eran las personas que tenían el acceso a aquellos cargos de mando, donde hacían y deshacían lo que ellos querían y que atentaba contra su status.

⁴ El término **PRIVILEGIO** se mantuvo en auge hasta el siglo XVII, ese consistía hoy en día en la conocida Patente de Invención.

Ahora bien fue en Francia, donde tiempo más tarde, se comenzó a prohibir la divulgación en materia textil de los modelos entregados a las fábricas como prototipo para la ejecución de las manufacturas señaladas mediante *La Ordenanza del Consulado de Lyon*⁵.

Así mismo, es importante resaltar que una de las desventajas más preponderantes del siglo XVII y XVIII, en materia de secretos empresariales, radicó en que dicho derecho recaía en la protección de los intereses del Estado que en la protección de los intereses del titular del derecho; a lo cual uno de los mayores exponentes de la temática, *José Antonio Gómez Segad*, resalta lo siguiente: “...

Siguiendo las orientaciones del Mercantilismo, fundamentalmente se trataba de normas que pretendían defender al País frente al exterior. Esta finalidad proteccionista se percibe con claridad en las disposiciones en las cuales la pena por revelación de secretos es a todas luces excesiva-citando a Cohn”.

Para el siglo XIX, se instituye la protección de secretos empresariales para todos los comerciantes, mediante la aplicación del principio de igualdad, traído a discusión por la Revolución Francesa.

Una vez identificado en cierta parte la evolución de la protección jurídica de los Secretos empresariales y antes de determinar la protección de la misma en la época actual, resulta indispensable, recordar que en este segundo capítulo hablaremos de unas ventajas y desventajas

⁵ **La ordenanza del Consulado de Lyon**, fue una de las primeras legislaciones establecidas en el siglo XVIII para determinadas industrias, el 15 de Octubre de 1711, con el fin de propiciar la competencia sana y proteger a los comerciantes y empresarios de la época, mediante la prohibición y sanciones de cualquier acto desleal que atentara contra las buenas costumbres de la población

en el mercado constituidas para los Secretos Empresariales en sí mismos, siempre y cuando el secreto no deje de serlo al entrar en conocimiento público. De ahí que este, puede gozar de una protección jurídica que establece el estado, de donde emanará toda esta secuencia a tratar.

Así mismo, es menester mencionar que este tipo de secretos, se convierte en algo decisivo a la hora de entrar en el mercado de la preferencia, porque facilita la penetración de una membrana creada por los empresarios antiguos; donde prepondera al momento de hablar de competencia aquellas exigencias de los nuevos comerciantes y empresarios para mantenerse a la vanguardia de las creaciones y avances tecnológicos, sin que ello implique dar a conocer información estratégica, pero sin actuar bajo parámetros desleales, porque los mismos pueden ser sancionados penal y civilmente.

Atentos a esto, y en términos generales se puede determinar como una gran ventaja competitiva, el empleo de técnicas innovadoras, que resultan luego de un arduo esfuerzo por proporcionarles utilidad para la población.

En cuanto a la competencia, es preciso señalar que en el *artículo 333 de la Constitución Política de Colombia*, se establece la Libertad de Competencia, como uno de los principios que debe orientar a un Estado Social de Derecho como lo es Colombia, a lo cual, la norma menciona taxativamente lo siguiente:

ARTÍCULO 333:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común.
Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

Este, por mandato de la ley, impedirá que se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

En este sentido, se puede resaltar, la iniciativa privada para el ejercicio de la actividad económica bajo parámetros delimitados por la ley, toda vez que en las legislaciones existentes y/o relativas a los Secretos Comerciales, de Empresa o de Fábrica, se ha presionado en poner freno a los accesos ilícitos o cualquier otra forma de obtener información sin autorización del propietario, como por ejemplo: por medio del espionaje, mediante de imponentes sanciones, como se menciona en el artículo inmediatamente anterior de la Constitución Política.

No obstante, así como hay un amplio campo de protección para esta clase de secretos, se puede aludir, que como todo no es en proporciones perfecto, los Secretos Comerciales, de Empresa o de Fábrica no son la excepción, por lo cual presenta determinadas limitaciones, y así mismo, puede que la protección de estos no sea igual o similar en los diferentes países, lo cual se estará analizando en el capítulo siguiente a medida que se avance en el conocimiento del tema tratado.

Por ello, se hace necesario centrarse a partir de ahora en identificar y definir los importantes limitantes de estos Secretos conocidos también como secretos industriales, entendiendo en el mismo sentido como limitante, las desventajas que se derivan de ellos.

En atención a lo aludido, los límites del tema son identificables, una vez se tiene claro cuál es la información que se puede considerar como secreto comercial, de Empresa o de Fábrica, para ello, es decisivo que podamos identificar como tales, la información contenida en:

- Las listas de Clientes
- La Contabilidad o información financiera
- Los planes de negocio
- Fórmulas
- Receta de preparación de un producto
- Cualquier información que proporcione ventajas sobre los demás competidores del mercado.

Así mismo, para hablar de limitaciones o desventajas, es importante señalar con anterioridad cuales son las posibles ventajas o fortalezas que se otorgan mediante la idea de mantener bien custodiada una información, y constituir la como base de nuestro derecho al Secreto y someterla a la protección jurídica que nos proporciona el Estado.

A lo cual, se puede mencionar como una ventaja, los avances tecnológicos y la sistematización de la información, pero al mismo tiempo esta misma ventaja puede convertirse en una desventajas sin querer decir que la tecnología es una ciencia o arte oscuro, por el contrario lo que quiero resaltar por medio de esto es lo determinante que es mantener en reserva una información vital para una empresa, puesto que al estar sometidos a estos aires del avance moderno, el poseedor legítimo o titular del derecho al secreto, puede arriesgarse a que su información caiga en redes de conocimiento público.

No obstante, se considera prudente hacer alusión y/o mencionar otras de las ventajas que he encontrado en estos dos últimos años de trabajo y en aquellas que considero deberían ser tomadas en cuenta.

Ahora bien, en cuanto a las facilidades que ofrece la Protección de una información jerárquicamente mayor que las de conocimiento público (Información Secreta), para una empresa, en su incursión en el mercado competitivo, se puede decir que tanto la legislación, como la analogía y la costumbre determinaron algunas ventajas como las siguientes:

1. Al proteger una información trascendental para una empresa, se permite que se conserve o preserve todos aquellos datos que son en determinación concretos y principales para realizar una actividad que empalme la diferencia en el mercado entre un competidor y otro, dichos datos pueden ser: Partes de una diseño industrial o de utilidad, protegida en su conjunto por otras vías, como por ejemplo las patentes.

2. Por otro lado otra ventaja de la protección de un secreto empresarial, radica en hacer la empresa competitiva en aquellas materias no protegibles por otras vías jurídicas por estar excluidas implícitamente por la ley. Como es el caso de: fórmulas e implementaciones informáticas, recetas de comida, lista de clientes, lista de proveedores, estudios de mercado, proyectos de crecimiento, nuevos lanzamientos de productos y demás vertientes comerciales y empresariales que permiten posicionar a determinada compañía en el ranking del mercado actual; toda vez que se debe tener en cuenta, que los secretos comerciales, resultan ser una conveniente alternativa para la protección de información no patentable⁶.
3. Cuando existe un Secreto empresarial, que posiciona y diferencia una empresa de las demás, una de las posibles ventajas para la protección de dicha información, es la implementación de medidas de seguridad, las cuales proporciona no solo el mismo titular del derecho, sino también el estado en el que se encuentre ejerciendo la actividad económica.

Lo anterior, no significa que estas sean las únicas ventajas, pero si radican en tres (3) de las más importantes, una vez que se identifica que no toda información es secreto y no todo secreto es empresarial, como se dilucida al hablar de la protección de patentes.

⁶ Entiéndase **PATENTE** como el derecho exclusivo otorgado para un producto o procedimiento que ofrece una nueva manera de realizar algo o una nueva solución técnica a un problema (para una explicación más detallada, véase <http://www.wipo.int/patentscope/es/patents.html>)

En concepto de muchos abogados que están en constante manejo de esta temática, se puede decir que como desventaja de la llamada “Protección Jurídica del Secreto Comercial, de Empresa o de Fábrica”, es factible aludir que para gozar eficazmente de esta, el manejo de la información se convierte en una variable muy delicada y sensible, toda vez que es necesario la organización y seguimiento constante de las políticas de confidencialidad, mediante la concientización al grupo empresarial.

Una vez, señaladas algunas de las ventajas y fortalezas de mantener un secreto empresarial, y teniendo en cuenta lo tratado durante el desarrollo del primer capítulo y lo mencionado al inicio de este, se puede profundizar un poco más en referirse sobre las desventajas, de las cuales, me resultan casi que ineludible no determinar porque son aquellas que surgen cuando la información objeto de protección, satisface los criterios para patentar (Criterios de Patentabilidad).

Es decir, que si un secreto comercial, de empresa o de fábrica se plasma en un producto innovador, la inspección y análisis de este se torna posible por parte de terceros, lo cual constituiría una puerta abierta para que el secreto sea descubierto y utilizado, esta definición es lo que se llama "ingeniería inversa"⁷.

Por otro lado, la determinada protección de una invención por medio del Secreto Comercial, no es sinónimo y mucho menos significa que dicha invención goza de un derecho exclusivo para impedir a terceros utilización de esta, en el ámbito comercial.

⁷ la **Ingeniería Inversa** es obtener información o un diseño a partir de un producto accesible al público, con el fin de determinar de qué está hecho, qué lo hace funcionar y cómo fue fabricado. Véase http://es.wikipedia.org/wiki/Ingenier%C3%ADa_inversa

Respecto de lo anterior, es imprescindible mencionar, que solo las patentes y los modelos de utilidad, pueden hacer uso de ese derecho exclusivo una vez, están protegidas bajo el concepto de Secreto comercial.

Otra de las mayores desventajas o limitaciones para la protección del secreto empresarial, es cuando la información es divulgada, es decir, esto constituye pérdida de la información trascendental como objeto de protección jurídica, toda vez que pierde el sentido de custodia de la misma y la protección de un secreto comercial se torna más complicada en el campo del respeto que la protección de una patente, delimitada en sí misma.

Acorde a todo lo mencionado hasta ahora, no podemos desconocer, que si nuestro interés es convertirnos en los comerciantes o empresarios del mañana, es menester tener en cuenta, que el grado de protección proporcionado a los secretos comerciales varía significativamente según el territorio de aplicación⁸ y la legislación aplicable a dicho espacio geográfico.

La protección de información mediante el secreto empresarial puede parecer atractiva desde puntos de vista característicos de la población comerciante y determinables desde una perspectiva jurídica, pero un poco compleja desde la visión de población común, quienes debido al escaso conocimiento de este derecho al secreto, considerante irrelevante los actos de competencia desleal en el mercado, pero la verdad, es que toda actuación legislativa puede tener en principio un bien común, como lo podemos observar cuando se dice que los secretos

⁸ **Nota:** Un secreto comercial, de Empresa o de Fábrica, puede ser patentado por la persona que obtenga la información pretendida por medios legítimos.

comerciales no deben registrarse y puede protegerse durante un período de tiempo que puede ser ilimitado.

Sin embargo, a pesar de las protecciones taxativas que ofrece el legislador a aquellas personas, naturales o jurídicas, que gozan del derecho al secreto, más específicamente por el secreto comercial, de empresa o de fábrica, mediante las enunciaciones o normas establecidas, mediante la aplicación de convenios comerciales y el uso de las buenas costumbres, es factible encontrar algunas de desventajas de dicho actuar, para lo cual mencionaré las siguientes:

1. Una única revelación puede causar la pérdida de la protección de un secreto comercial, toda vez que la información oculta, pasa de ser de conocimiento privado a conocimiento público.
2. Otra de las desventajas, es que no por ser efectiva la protección de los secretos, significa que los secretos comerciales se encuentran impermeabilizados contra el descubrimiento independiente, es decir que no por estar protegidos se restringe a la población a hacer un descubrimiento de ese secreto según las medidas de competencia sana e implementación del intelecto, alejándose de toda práctica ilícita para la aprehensión de ese conocimiento. En este Sentido, se puede entender como la pérdida de la protección del Secreto, cuando otra persona, ajena al titular del derecho o de las personas autorizadas para conocer de ese secreto comercial encuentra una forma lícita completamente alejada de la apropiación indebida (o robo) de la información. Una

vez que el secreto se divulga desde este punto de vista, todo el mundo puede tener acceso al mismo y utilizarlo como mejor sea conveniente.

3. La siguiente desventaja, se plasma evidente si el secreto se incluye en un producto innovador, donde éste podrá ser inspeccionado, estudiado y analizado por terceros que podrán descubrir el secreto y, por consiguiente, utilizarlo. De hecho, la protección por secreto comercial de una invención no confiere un derecho exclusivo sobre el mismo.
4. La protección de los secretos comerciales es generalmente débil en la mayoría de países, quizás esta es una de las mayores desventajas que afecta todo el entorno empresarial y comercial de un estado.
5. Si la información objeto de protección es conocida, por un número significativo de empleados y otras personas de la empresa que goza de este derecho, es imposible que la base del secreto empresarial sea resguardada por mucho tiempo.

Ahora bien, con el fin de saber qué tipo de protección es más conveniente, entre la patente o el secreto empresarial, para efectos de innovación, es imprescindible tener presente el cotejo de las siguientes consideraciones:

1. **El Periodo:** Este es el espacio de tiempo en el cual la información puede mantenerse secreta. Ahora si se trata de una invención que puede ser patentable, el periodo en que la

información debe constituirse como un secreto comercial resulta conveniente si puede mantenerse custodiada y oculta durante más de 20 años⁹, así mismo que no sea de fácil acceso para terceras personas ya sea de forma lícita o ilícita.

2. **La Validez:** Si se habla del secreto empresarial, es referirse a la validez desde el ámbito comercial, toda vez que estamos dirigiendo específicamente al valor que tiene la información objeto de reserva respecto del titular del derecho y de los demás comerciantes o competidores en el mercado; es decir, que entre más valiosa sea la información y pueda ser objeto de una patente, es preferible desistir de la protección como secreto empresarial y mantenerla como patente, siempre y cuando cumpla los requisitos de patentabilidad.
3. **La Naturaleza del Objeto:** Cuando se pretende hablar de la naturaleza del objeto, es referirse a la naturaleza de la información que se pretende sea reservada y/o custodiada, es decir es el objeto en que recae el secreto.

Una vez se realice el cotejo correspondiente, queda a criterio del titular del derecho escoger porque medio quiere y decide la forma en que será protegida la información objeto del secreto; sin embargo y a pesar de estas desventajas existen ciertas materias y conocimientos cuyo mantenimiento en secreto es la mejor vía de explotación. En algunos casos resulta la única por tratarse de materias no protegibles por otros medios.

⁹ El periodo de más de 20 años de custodia y reserva de una información, se constituye como el tiempo en que se ejerce el derecho de protección para una patente.

Cabe recordar que la protección del secreto comercial es, por lo general, limitada en la mayoría de los países y esto se debe ya que las condiciones y el alcance de su protección puede variar significativamente de país a otro dependiendo de las normatividad existente, y que los tribunales pueden requerir esfuerzos considerables y onerosos para preservar el secreto.

En conclusión, todas las ventajas mencionadas y así mismo las desventajas, llevan a considerar que el secreto comercial, de Empresa o de Fábrica es más que un auténtico sistema de protección, es decir, que este conocido secreto industrial se ha convertido en una obligación jurídica para determinadas personas que se ven involucradas en el manejo de cierta información.

Así mismo, sea poco o mucho lo que hace el Estado, referente al tema, es factible aludir que en el Derecho Penal, se encuentra protegido el innegable valor económico del Secreto empresarial al ser relevante y confidencial para el titular o poseedor del secreto.

Al respecto, me permito citar a Reyna Alfaro, cuando se refiere a que:

La presencia de un interés social vital no acredita, per se, la existencia de un bien jurídico penalmente relevante; es necesario también que éste reúna los requisitos de merecimiento o importancia social y necesidad de protección en sede penal, propios de una concepción del bien jurídico penal de índole político criminal como la que propugnamos, debiéndose deslindar su presencia para la posterior confirmación de nuestra tesis.

Toda vez, que la información que divide el mercado de los competidores merece ser protegida en beneficio del consumidor o del interés social, debido al carácter colectivo que posee la información, para contribuir al lineamiento de un Estado democrático y Social de derecho como lo es el Estado Colombiano.

Sin embargo, concuerdo en un punto con el citado autor, y es cuando categoriza la participación del Derecho Penal en la protección intelectual e industrial, más referidos en el tema del secreto empresarial, como materia subsidiaria ante la inexistencia de otros medios de control jurídico como es el caso la falta de regulación de la Competencia Desleal.

Para finalizar, las limitantes del Secreto Comercial, de Empresa o de Fábrica, que hemos tratado, quizás no son ni la mitad de los que realmente existente, pero con los simplemente enunciados, nos damos cuenta de la necesidad de estudiar nuestras legislaciones internas para ver qué tan eficazmente se encuentran protegidos estos derechos ante un posible acto de Competencia desleal que contrarié las buenas costumbres y la ley.

CAPÍTULO III

3.REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS SECRETOS EMPRESARIALES, COMERCIALES O DE FÁBRICA

3.1 NORMATIVIDAD JURÍDICA

Como se venía planteando en el capítulo anterior, es importante para la protección del Secreto Comercial, de Empresa o de fábrica, conocer la regulación jurídica del cada país para determinar la eficacia con que es aplicada dicha normativa cuando se está frente a un acto de Competencia desleal.

En ese sentido, resulta importante comenzar diciendo que en el ordenamiento Jurídico Colombiano, para mi concepto y sé que al igual para el concepto de muchas otras personas, se está fraccionando diariamente la protección de la población; tanto que ahora la legislación puede existir pero gran parte de las autoridades la imparte para el más débil o para el de menores posibilidades económicas, y ¿cómo puedo o podemos negarlo? Constantemente al tropezarse con las noticias con los escandalosos casos de personas con dinero o de buena posición social, que cometen actos denigrantes que como medida de seguridad tiene la privativa de la libertad, pero en cuestión de horas, se ve que son dejados en libertad mientras que las víctimas yacen muertas o postradas en una cama; ahora bien, y ahora que he comenzado un trabajo que se mantiene girando en torno a la Propiedad intelectual y/o Propiedad Industrial, he considerado imprescindible realizar este estudio para identificar que tan protegidas se encuentran las empresas, cuando una persona natural o jurídica, actúa de manera desleal, infringiendo la

normativa de la Comunidad Andina y las posibles regulaciones internas de un país, en este caso de Colombia; para luego entrar a comparar lo que encuentre en el desarrollo de este capítulo, con dos o tres países más.

Ahora bien, en cuanto a las regulaciones jurídicas de Colombia referente al tema, se encuentra que en la Constitución Política de Colombia, en su artículo 333, citado anteriormente, algunos parámetros para el ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada, donde se limita la libertad para ejercicio de la competencia en el mercado, mediante la explotación de las buenas costumbres y actuando conforme al derecho presentando una conveniencia saludable al bienestar socio-económico general de una sociedad o comunidad.

Para el desarrollo del presente trabajo de grado, en este capítulo se realizará un análisis de la legislación para protección de secretos empresariales en Colombia y posteriormente, se comparará su eficaz aplicación en relación con la de otros países.

Dicho lo anterior, en principio se analizará la siguiente normativa:

1. La Constitución Política de Colombia de 1991
2. Código de Comercio Colombiano
3. Código Civil Colombiano
4. Código Penal Colombiano
5. Ley 256 de 1996
6. Decreto 2591 de 2000

7. Decreto 2153 de 1992
8. Decisión 486 de La Comunidad Andina
9. Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
10. Convenio entre Colombia, Venezuela y México

No obstante, para poder comprender un poco la normativa que se acaba de enunciar, es preciso, dar un concepto de la Competencia desleal, el cual en principio se deriva de las diversas formas de ilicitud que se presenta en el mercado, principalmente estos actos se dan por parte de terceros que atentan contra aquellos derechos que se encuentran amparados en la ley, ya sea de forma taxativa o no, por parte de los empresarios o comerciantes que ofrecen productos o servicios en el ámbito mercantil.

Ciertamente, esto no significa que se restringe la competencia en general, por el contrario se estimula a la población que incursiona en el mercado, bien sea comerciante o consumidor, a alentar la sana competencia entre uno y otro. De lo que se trata la regulación de la competencia, es de limitar en base a derecho la forma en que cada empresario atrae a un cliente, por medio de los principios de honestidad, licitud, legalidad, lealtad y buena fe; es decir que lo que prepondera mediante la regulación jurídica es crear un ambiente de armonía con las adecuadas y sanas prácticas comerciales.

Sin embargo, ante lo anterior surge una amplia complejidad al momento de definir lo que es ilícito en relación a las conductas comerciales que adopta cada empresario comercial; es decir,

la creaciones de limitaciones para la aplicación de la competencia hace difícil determinar lo que es injusto, desleal o de mala fe, toda vez que son terminológicamente relacionados a las definiciones de moralidad, fidelidad y ética, los cuales van más allá de la definición misma del derecho, conocida como conducta humana en su deber ser y se encamina a establecer la convivencia social, adecuándose según las variantes del tiempo y el espacio.

Ahora bien, se debe entender como actos de competencia desleal aquellos que se encuentran atentando contra las buenas costumbres y la legislación interna de Colombia, porque ambas tienden a proteger los bienes inmateriales, toda vez que este tipo de acciones no conlleva al despojo físico de un bien privado sino a la creación de confusión en el público, denominado desde ahora como consumidor, y al desvío impropio de la clientela del Titular del derecho.

En este sentido la protección del secreto empresarial, versa sobre un derecho reconocido por el ordenamiento Jurídico vigente a favor de un agente económico, que en este caso es el mismo titular del secreto o el poseedor del mismo; pero esta protección se ve perturbada cuando se enfrenta a:

- El espionaje industrial o comercial;
- El incumplimiento de un contrato;
- El abuso de Confianza;
- La inducción a cometer espionaje o abuso de confianza

- La adquisición de información secreta por parte de un tercero que tiene conocimiento de esta, toda vez que incurre en el espionaje y la inducción a cometer actos de competencia desleal.

No obstante, los medios para definir la competencia desleal son de una amplia caracterización. Por lo cual citaré algunas de las clasificaciones proporcionadas por varios de los mayores exponentes del tema:

- a. **Ascarelli (1970)**, los diferencia así: Actos de confusión; actos de denigración; actos de apropiación de méritos y, actos de sustracción.
- b. **Baylos Corroza (1978)**, dice que la competencia desleal está dividida en: Fraude; Maquinaciones dañosas; actuaciones que implican Engaño.
- c. **Roubier (1952)**, es uno de los exponentes que agrupa los actos de competencia desleal en: Medios de confusión, Medios de denigración; Medios de Desorganización de una empresa rival y, Medios de Desorganización del mercado.
- d. **Azéma**, se refiere a los actos de competencia desleal de la siguiente manera: Medios de denigración; Medios de desorganización de una empresa rival; Utilización de procedimientos y técnicas comerciales ilegítimas y, Utilización de la reputación de otro.

Por otro lado, el Convenio de París, en su artículo 10, define como acto de competencia desleal, todo aquel acto de competencia que contraría la honestidad en materia industrial o comercial.

Así mismo, establece como actos de competencia desleal a fin de ejemplificar los actos que merecen ser regulados tanto en el derecho globalizado como en el derecho interno, los siguientes:

- a. Cualquier tipo de acto capaz de crear confusión, indistintamente del medio empleado, respecto del establecimiento, los productos, o la actividad industrial o comercial de un competidor.
- b. Aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio, que lleve a la desacreditación del establecimiento, los productos o actividad industrial o comercial de un competidor.
- c. Indicaciones o aseveraciones que lleven a inducir al consumidor a un error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la calidad de los productos.

Al respecto, puedo decir que algunas de las organizaciones que llevan una competencia contraria a la ley o una competencia desleal, tienen que ver con el aprovechamiento descarado de las libertades que otorga la ley y compitiendo con algunas irregularidades, lo que permite que tomen ventaja de situaciones de diversas naturalezas para beneficio propio, y no el común,

alejándose de una competencia sana, y lo que se conoce como competencia económica se va viendo afectada en toda su esencia, disminuyendo la capacidad competitiva de los mercados al estar acaparando el mayor número de consumidores con métodos de poca ética comercial.

Tal vez, en consideración propia, este tipo de organizaciones, no tienen conocimiento de que este tipo de comportamientos se encuentra sancionado por la ley, o por el contrario, se refugia en las escuetas legislaciones pasadas para la implementación de métodos abusivos en el comercio. Anexando a lo anterior, que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa, toda vez que dichas actuaciones contrarían del mismo modo las buenas costumbres.

Todo esto, es solo una alarma para que las autoridades competentes de sancionar cada acto de competencia desleal, ejerza un mejor control y actúen con diligencia ante la regulación taxativa.

Constitución Política de Colombia de 1991: Como norma de normas, se consagra en el artículo 60 de la Carta Magna que el estado que enajene su participación en una empresa, permitirá que este tome las medidas contundentes para llegar a democratizar la titularidad de las acciones, ofreciendo a los trabajadores y a las organizaciones solidarias, unas condiciones especiales para acceder a la propiedad accionaria. Adicional a lo anterior el artículo 61 de la misma Carta Magna se establece que el Estado debe proteger la propiedad intelectual.

Código de Comercio Colombiano: Respecto de este código de regulación mercantil, podemos notar que en el artículo 568, nos remite el legislador a la Decisión 486 de la Comunidad Andina, la cual sustituyó la Decisión 344 de la Comunidad andina.

Código Penal Colombiano: Respecto de las sanciones privativas de la libertad en la ley 599 de 2000 por violación al Secreto Comercial, de Empresa o de Fábrica, encontramos que el Título VIII se refiere a los Delitos contra los Derechos de Autor, pero considero que en el Nuevo Código Penal se ha dejado de lado un poco esta legislación que resulta importante hoy día, dejando a la zozobra de la aplicación de la analogía o de la Decisión de la Comunidad Andina la regulación de actos que deben ser protegidos de igual forma en la legislación interna, por ejemplo en la Ley 599 en el artículo 308, se menciona o mencionó lo siguiente:

De la Violación de Reserva Industrial o Comercial: El que emplee, revele o divulgue descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial, llegados a su conocimiento por razón de su cargo, oficio o profesión y que deban permanecer en reserva, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que indebidamente conozca, copie u obtenga secreto relacionado con descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial.

La pena será de tres (3) a siete (7) años de prisión y multa de cien (100) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si se obtiene provecho propio o de tercero.”

Al anterior artículo de la mencionada ley, me permito establecer mi mayor acuerdo con la misma, pero al mismo tiempo mi descontento al ser está, un poco más sutil para la actualidad.

Ley 256 de 1996: Esta ley es la encargada de regular las sanciones provenientes de la Competencia Desleal en Colombia, por lo cual, el legislador dentro de la misma, establece entre las prácticas de Competencia Desleal¹⁰ los siguientes actos:

1. Actos de desviación de la Clientela
2. Actos de desorganización
3. Actos de Confusión
4. Actos de Engaño
5. Actos de Descredito
6. Actos de Comparación
7. Actos de Imitación
8. Explotación de la Reputación Ajena
9. Violación de Secretos
10. Inducción a la ruptura Contractual
11. Violación de Normas
12. Pactos Desleales de Exclusividad.

¹⁰ LEY 256 DE 1996. Capítulo II desde el artículo 7 al 19.

En base a esto, podemos ver que en el numeral 9 encontramos la Violación de secretos, más explícitamente si nos remitimos a la Ley tratada, encontramos dicha regulación en el artículo 16, el cual literalmente dice lo siguiente:

Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18¹¹ de esta Ley.

Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

Las acciones referentes a la violación de secretos procederán sin que para ello sea preciso que concurran los requisitos a que hace referencia el artículo 20¹² de esta Ley.”

Decreto 2591 de 2000: Hago alusión en este trabajo al mencionado decreto porque fue el que se constituyó el 13 de diciembre para reguló parcialmente la Decisión 486, por ejemplo en relación a lo amerita nuestra atención hoy día, que es la Competencia desleal, dicho decreto en su capítulo VIII artículo 22 hace alusión a la Aplicación del régimen de Competencia desleal donde la Decisión 486 debe actuar en consonancia con la Ley 256 de 1996 y por otro lado el Artículo

¹¹ **Artículo 18 de la Ley 256 de 1996. VIOLACIÓN DE NORMAS:** Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa.

¹² **Artículo 20 de la Ley 256 de 1996. ACCIONES:** Contra los actos de competencia desleal podrán interponerse las siguientes acciones: 1. Acción declarativa y de condena. Ley. 2. Acción preventiva o de prohibición.

23 llama para la aplicación del artículo 20 de la Decisión 486, la importancia de seguir los trámites de la Ley 446 de 1998¹³ y del Decreto 2153 de 1992¹⁴.

Decisión 486 de la Comunidad Andina¹⁵: En principio esta decisión es en términos conocidos como el Régimen Común de la Propiedad Industrial y refiriéndonos al Secreto Comercial, de Empresa o de fábrica, podemos detenernos en un primer plano en el artículo 91, el cual menciona:

Cuando el esquema de trazado¹⁶ cuyo registro se solicita *incluyera algún secreto empresarial*, el solicitante presentará, además de la representación gráfica requerida, una representación del esquema en la cual se hubiese omitido, borrado o desfigurado las partes que contuvieran ese secreto. Las partes restantes deberán ser suficientes para permitir en todo caso la identificación del esquema de trazado.

¹³ **Ley 446 de 1998.** En una ley por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.

¹⁴ **Decreto 2153 de 1992.** En principio este decreto se dio para regular la Superintendencia de Industria y Comercio y otras disposiciones, pero dicho Decreto fue derogado, con excepción de los artículos 1o, 4o numeral 15 incisos 1o y 16, 11 numerales 5 y 6, 24 y 44 a 54, por el artículo 19 del Decreto 3523 de 2009 y posteriormente el artículo 24 fue derogado por el artículo 29 del Decreto 4886 de 2011.

¹⁵ **La Comunidad Andina:** es un organismo regional de cuatro países que tienen un objetivo común: alcanzar un desarrollo integral, más equilibrado y autónomo, mediante la integración andina, sudamericana y latinoamericana. El proceso andino de integración se inició con la suscripción del Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969. Los países miembros son: El estado Plurinacional de Bolivia, La República de Colombia, La República de Ecuador y la República del Perú. Los Países Asociados son: La República Argentina, República Federal de Brasil, República de Chile, República de Paraguay y República Oriental de Uruguay. País Observador: España, quién se unió para Octubre del año 2011.

¹⁶ **Esquema de Trazado:** Los circuitos integrados son circuitos eléctricos muy pequeños que realizan operaciones electrónicas y están presentes en todos los aparatos electrónicos modernos. El circuito integrado está compuesto por un conjunto de elementos tales como transistores, resistencias, condensadores y diodos que se encuentran dispuestos en un sustrato común. Los elementos se encuentran conectados de manera que el circuito integrado pueda controlar la corriente eléctrica para rectificarla, ampliarla o modularla. De acuerdo a la función que vayan a realizar necesitan un orden y una disposición especial por lo que se realiza un plan o diseño de los elementos que componen el circuito integrado, lo que en esencia conforma el Esquema de Trazado de Circuitos Integrados. <http://www.sic.gov.co/trazado-de-circuitos>

Aquí se puede ver, que en procura de la protección de un derecho legalmente obtenido, no se le impide al titular del derecho, el registro de algún signo distintivo o diseño industrial, o modelo de utilidad de interés, aun cuando este se encuentre inmerso en la solicitud de interés.

Posteriormente a este artículo, encontramos que en el Título XV, la Comunidad Andina se refiere a Las Acciones por Infracción de Derechos, donde en el primer capítulo nos hablan de los derechos del titular, entre los que podemos dilucidar la potestad que tiene el mismo para ejercer una acción contra aquella persona que infrinja su derecho o se encuentre ante una posible infracción. Adicional a lo anterior, de acuerdo a las disposiciones de la comunidad Andina, se menciona que siempre y cuando la legislación interna de los países lo permita, las autoridades competentes en este caso podemos hablar de la Superintendencia de Industria y Comercio, podría iniciar de oficio los procesos tendientes a la preservación del derecho en manos del titular.

Ahora bien, como lo mencionamos en el capítulo anterior que otro mecanismo de protección de un secreto podía ser la patente, me permito citar el artículo 239 de la Decisión en mención, el cual dice:

El titular de una patente tendrá derecho a ejercer acción judicial por daños y perjuicios por el uso no autorizado de la invención o del modelo de utilidad durante el período comprendido entre la fecha en que adquiriera carácter público y pueda ser consultada la solicitud respectiva y la fecha de concesión de la patente. El resarcimiento sólo procederá con respecto a la materia cubierta por la patente concedida, y se calculará en función de la explotación efectivamente realizada por el demandado durante el período mencionado.

Todo esto, y con base en lo que se habla de un derecho legalmente obtenido, sin embargo, se puede recordar que en términos generales, la protección de una invención donde esté inmerso un secreto Comercial, de Empresa o de Fábrica no restringe a las personas que tienen a su alcance dicha invención el descubrimiento de dicho secreto de forma lícita.

En atención a ello, el artículo 240 de la Decisión tratada, que en aquellos casos donde se presume una infracción a una patente, recae sobre el demandado la carga de la prueba, es decir, este debe probar que el procedimiento que empleó es completamente diferente al protegido y del cual se alega la infracción. Adicional a eso, a la presentación de pruebas en contrario, se tendrán en cuenta los intereses legítimos del demandado o denunciado en cuanto a la protección de sus secretos empresariales.

Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio: Estos acuerdos son en términos generales, el Anexo 1C del Convenio por el que se crea la OMC¹⁷ firmado en 1995. Dentro de este anexo, se establece una serie de principios básicos sobre la propiedad intelectual tendientes a centralizar armónicamente los temas relacionados a la propiedad Industrial e Intelectual para no generar un choque de intereses en relación al comercio mundial.

Adicionalmente, al analizar la importancia de este acuerdo en cuanto a nuestro tema de estudio, se encuentra que en el artículo 34 referente a la carga de la prueba de patentes, se

¹⁷ **Organización Mundial del Comercio** conocida oficialmente por sus siglas **OMC** y a nivel internacional conocida por sus siglas en inglés **WTO (World Trade Organization)**, fue fundada el 1 de Enero de 1995. Actualmente tiene su sede en Ginebra, Suiza y su Director General es el Brasileño Roberto Azevedo. Adicionalmente, está conformado por 159 países y no forma parte del Sistema de las Naciones Unidas.

establece que para la presentación en contrario de las mismas, es menester contar con los intereses legítimos de la parte demandada en relación a la protección de sus secretos industriales y comerciales.

Convenio entre Colombia, Venezuela y México: No es más que el tratado de Libre comercio celebrado entre estos países, mediante el cual, se regulan muchas de las actividades comerciales o mercantiles que surgen entre estos. Ahora bien, en cuanto a los Secretos Comerciales, de Empresa o de Fábrica (Secretos empresariales o Industriales), encontramos que en este Tratado se regula desde el artículo 18(17), comenzando por la protección de los mismos, toda vez que quién obtenga el derecho, puede salvaguardar el mismo contra la revelación, adquisición o uso de tal secreto sin autorización propia de él, así mismo se protege de la adquisición contraria a las leyes o a las buenas costumbres mercantiles.

En este sentido, se debe recordar que una información para considerarse secreta, necesita cumplir con varios requisitos, los cuales en diferentes legislaciones son mencionados y este Tratado de Libre comercio no es la excepción, es decir, el citado artículo 18-17 señala taxativamente que:

- a) La información sea secreta en el sentido de que como conjunto o en la configuración y composición precisas de sus elementos, no sea conocida en general ni fácilmente accesible a las personas integrantes de los círculos que normalmente manejan el tipo de información de que se trate;
- b) La información tenga un valor comercial efectivo o potencial por ser secreta; y

c) En las circunstancias dadas, la persona que legalmente la tenga bajo su control haya adoptado medidas razonables para mantenerla secreta.

Adicionalmente, es imprescindible hacer alusión, que la información que hace parte de un secreto Comercial, de Empresa o de Fábrica, debe estar notoriamente referida a la naturaleza, a las características o finalidades de los productos o servicios ofrecidos, así como referirse a los métodos o procesos como sean producidos, son distribuidos o comercializados.

No obstante, el Tratado de Libre Comercio entre estos tres (3) países, consagra que no es considerada como secreto Industrial, la información que se encuentre dentro del dominio público, ni aquella que no es relevante para un técnico en la materia, simplemente porque tiene conocimiento de ella, así mismo no es considerada como información objeto de secreto aquella que debe ser divulgada por disposición legal.

Por otro lado, una información objeto de ser reservada y custodiada, se entiende que no entra al dominio público o que no es divulgada por disposición legal, cuando la misma es proporcionada a la autoridad competente¹⁸ para obtener licencias, permisos, autorizaciones, registros o actos pertinentes a su comercialización.

Ahora bien, conocida la normativa aplicable para la efectividad de los Secretos Comerciales, de Empresa o de Fábrica, es indispensable, identificar que tan aplicable son las

¹⁸ Entiéndase como **Autoridad Competente** en Colombia: La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), y el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA).

mismas en Colombia y en comparación con otros países, teniendo en cuenta que la información objeto de protección debe estar contenida en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes y demás medios tecnológicos que permitan guardar dicha información.

Para aquellos, que apenas están obteniendo conocimiento sobre este tipo de derecho, y para recordarle a aquellos que tienen conocimiento del mismo, es importante no olvidar que la vigencia de la protección de un Secreto Comercial, de Empresa o de Fábrica perdura siempre y cuando las condiciones para que una información sea secreta se mantengan en su estado inicial, al momento de adquirir el derecho.

En este sentido, podemos identificar que Colombia tiene un conjunto de normas jurídicas regulatorias de la soberanía de las empresas sobre determinado mercado que defiende el interés público, y así mismo muestra los diferentes convenios adoptados para la materia y las disposiciones que amplificó la Comunidad Andina para los países miembros; razón por la cual, me permito señalar como otras normas jurídicas regulatorias del comercio, las siguientes:

- i. La aplicación de Prácticas Restrictivas¹⁹
- ii. La Protección al Consumidor²⁰
- iii. La Metrología²¹

¹⁹ **Las Prácticas Restrictivas**, son aquellos acuerdos y/o convenios que limitan la producción, distribución o consumo de materia prima, productos o Servicios En El Mercado.

²⁰ **La Protección Al Consumidor**, se encuentra regulada, por el Nuevo Estatuto del consumidor, **LEY 1480 de 2012**, consiste en el conjunto de normas enfocadas a la protección del usuario en el mercado de productos y/o servicios otorgando y regulando los derechos y obligaciones tanto del adquirente del bien ofrecido como del proveedor del mismo. Hoy día podemos decir que la **Protección al Consumidor**, se ha convertido en una disciplina transversal dentro del Derecho Mercantil, Civil, Administrativo y Procesal.

Sin embargo, esto no significa que se está restringiendo la aplicación de todas las normas regulativas, solo que me permito señalar para mí algunas de las más determinantes, al ser las que establecen parámetros para una eficaz aplicaciones de las demás, puesto que las tres mencionadas contemplan en su totalidad, el salvaguardar los intereses de los usuarios o consumidores y antes de que se produzca una sanción en Colombia de un acto de competencia desleal, toda vez que se debe verificar la tipicidad de la acción que comete la persona infractora.

En el caso de estar enfrente de un acto de competencia desleal, lo ideal no es quedarnos callados ante el mismo, sino reaccionar y hacer uso de las acciones que el mismo legislador nos otorga para la preservación del derecho, es decir, que ante un acto contrario a la ley y las buenas costumbres mercantiles, es factible ejercer las siguientes acciones:

1. **Acción declarativa y de condena:** está acción consiste o se ejerce, cuando hay una persona, sea natural o jurídica, que es afectada por actos desleales o contrarios a la ley que atentan contra las buenas costumbres y la protección de un derecho constitucional legalmente obtenido, en este caso hablamos del derecho al secreto, momento en el cual, dicha persona puede reclamar que se le impute al infractor la remoción de los actos realizados y que continúan perjudicando a la persona, sus bienes o reputación frente a los consumidores y demás competidores; así mismo, mediante esta acción puede ordenar la indemnización de los perjuicios causados al demandante, pudiendo como garantía de lo

²¹ **LA Metrología**, consiste en un control medido de los instrumentos y métodos destinados a la protección de los consumidores y empresarios para ejercer una eficiente prevención contra los Fraudes comerciales.

anterior, solicitar se practiquen los modelos cautelares consagrados en el artículo 33 de la ley 256 de 1996, en cualquier etapa del Proceso.

2. **Acción preventiva o de prohibición:** Esta acción se encuentra disponible para aquella persona, natural o jurídica, que considere puede ser afectada por la realización o ejecución de cualquier acto de competencia desleal, por lo cual mediante el ejercicio de esta puede solicitar al juez competente declare mediante sentencia la prohibición de la conducta perjudicial aún sin que esta se haya perfeccionado a la hora de la sentencia y así mismo el juez puede prohibir la acción que contraría a la ley antes de que se produzca un daño a la persona que solicita la medida de protección.

Las anteriores acciones proceden contra cualquier persona, natural o jurídica, que ante la comisión de cualquier conducta regulada por la ley como acto de competencia desleal cause daño en la reputación ajena, realice espionaje o induzca a ello, o por medio de acciones ilícitas se haya apropiado de un Secreto que constituye significativamente en el posicionamiento de una empresa respecto de otra y la aplicación de estas, será de mayor severidad si el acto de Competencia desleal, es realizado por trabajadores u otros colaboradores de la persona afectada, en ejercicio de sus funciones y deberes contractuales.

El afectado por actos de competencia desleal tendrá por medio de estas acciones la posibilidad para que se declare jurídicamente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordenen al infractor la indemnización por los perjuicios causados y la suspensión de dichos actos.

Sin embargo, hay actos de competencia desleal que no se encuentran contemplados en la legislación colombiana, pero que a pesar de ello, las personas afectadas pueden acudir a las autoridades competentes para la vigilancia y control de los mismos.

Las normas señaladas, en lo transcurrido de este capítulo, permiten inferir que todo acto que se realice en el mercado con fines concurrenciales, ya sea por un comerciante o cualquier otra persona que incursiona en la actividad mercantil cuyos efectos se perfeccionan en el territorio colombiano les será aplicable la normatividad vigente sobre Competencia²².

Adicionalmente, la información objeto de los Secretos Comerciales, de Empresa o de Fábrica, ha de ser tratada cautelosamente como si se tratara de algún tipo de juramento hipocrático, es decir nadie que tenga acceso a la información deberá difundirla y según la normativa llevada se sancionara a quien desacate dicha condición y para ello, se tienen diversas estrategias con el fin de otorgar una beneficiosa protección de la información custodiada, entre las que podemos mencionar las siguientes (Tobón N.) :

Estrategias como medidas físicas: Este tipo de estrategias, consiste en restricciones de acceso, mediante la identificación de la información como confidencial, para lo cual se cuenta con herramientas como las ofrecidas por para asegurar la información conocidas como “*A piece*

²² La Competencia: implica la posibilidad de concurrir y participar en un mercado en igualdad de condiciones, las normas sobre competencia desleal procuran proteger a los competidores frente a una conducta de sus colegas que actúen en contra de las costumbres mercantiles y que intentan privarlos de parte de su mercado y también a los terceros en general que se ven afectados por dichas conductas.

of a puzzle” que consiste en entregar a diversas personas solo parte de la información y “*Need to know basis*”, la cual se refiere a entregar la información estrictamente necesaria.

- **Estrategias como medidas tecnológicas:** son todas las entendidas bajo las condiciones y requisitos para acceder a la base de datos.
- **Estrategias como medidas jurídicas:** son las estrategias basadas en la creación de cláusulas de confidencialidad según el interés de las partes.

4. DERECHO COMPARADO

Los métodos de control y sanciones por una inapropiada rivalidad comercial o para la Competencia desleal, se lleva de manera similar a Colombia en países cercanos tales como Ecuador y Perú; del mismo modo, se lleva a cabo, la forma de protección y regulación de los controles jurídicos respecto de los Secretos Comerciales, de Empresa o de Fábrica de las personas, sean naturales o jurídicas. Es decir, que si en Colombia se garantiza la libertad de las actividades económicas, según las buenas costumbres y sin incurrir en un acto desleal, lo mismo ocurre en Ecuador cuando en el artículo 66 de la Constitución de la República Ecuatoriana, se consagra en los numerales 15, 25 y 26, las mismas condiciones y se profundiza en los principios de solidaridad y responsabilidad social, los cuales si bien no son citados literalmente por el legislador Colombiano, nos definidos en términos generales en los Derechos fundamentales contenidos en los primeros artículos de la Carta Magna. Por otro lado, en Perú para el 26 de

Junio de 2008, salió publicado el Decreto que aprueba el control y vigilancia a los actos de Competencia desleal, por lo cual, en el primer artículo es muy tajante al determinar la Finalidad del Decreto, el cual consiste en reprimir todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

Colombia, Ecuador y Perú, han instituido organismos de Control, durante el proceso de protección y posterior a dicho proceso, es decir, durante la vigencia del dicho secreto, con el fin de garantizar la efectividad de las leyes y sobre todo con el fin de proteger a los consumidores, quienes constituyen la parte primordial del posicionamiento de una u otra empresa, toda vez que, con la evolución de los tiempos, es posible notar las falencias en la que caen las segundas al tratar de superar a su competencia, por el uso inadecuado y poco preventivo de los perjuicios derivados de actuar contra derecho.

Adicionalmente, y al detenerse a analizar, estos tres (3) países son miembros de la Comunidad Andina, razón por la que la aplicación de la decisión 486 se ha extendido ampliamente, y ha permitido el empleo de la analogía cuando un país no consagre internamente una norma aplicable a un caso controversial de actividades ilícitas en relación al comercio. Toda vez, que tanto para Colombia, como para Ecuador y Perú, se considera como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, la cual pueda ser usar en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, siempre y cuando, los componentes o sus elementos no sean de fácil

acceso a las personas integrantes de los círculos competitivos de los que haga parte ese tipo de información.

A raíz de esto, se deben tener presente que así como en la vida cotidiana se encuentran secretos, lo mismo sucede dentro de las organizaciones comerciales o dentro de la estructuración de las empresas nacionales o internacionales, que se enfocan en ofrecer un buen servicio con una amplia rivalidad, con la simple diferencia que este tipo de secretos conocidos como Secretos Comerciales, de Empresa o de fábrica, son considerados como estrategias para el mejoramiento del mercado y posicionamiento del Titular del derecho, siempre y cuando sea éticamente correcto al acogerse a los principios consagrados en la Ley.

No obstante, la obligación de los Secretos empresariales, ha sido fundada por muchos conocedores empíricos del tema, acorde a los derechos de la fuente, es decir, conforme a la naturaleza, por ejemplo, en base al “Derecho a la Honra y a la intimidad personal y Familiar”²³.

Ahora bien, al hablar de reserva, custodia y cuidado de la información hay varias acciones que se pueden tomar para garantizar la seguridad de confidencialidad de la misma, entre las cuales Tenemos: La protección de la información como Patentes de invención y/o como modelo de utilidad.

Sin embargo, se debe tener cuidado de no confundir las Patentes de Invención y los modelos de Utilidad, por lo cual me permitiré hacer referencia a cada uno de ellos para conocer

²³ Derechos consagrados en: la **Constitución Ecuatoriana** en el artículo 23, numeral 5 y 21; la **Constitución Colombiana** en los artículos 16, 18, 20; y en la **Constitución Peruana** en el artículo 2 numeral 4 y 18.

porque cada uno de ellos es un mecanismo de protección para los Secretos Comerciales, de Empresa o de Fábrica, logrando que cada empresa que goza de este derecho logre un posicionamiento comercial.

- **Modelo de utilidad:** Acorde con la definición de la superintendencia de industria y comercio, este es un título de propiedad que se otorga a toda la nueva forma, configuración o disposición de elementos, de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto de alguna parte del mismo, que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que le incorpore o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o defecto técnico que antes no tenía y respecto de los demás existentes en el mercado. Este se concede por un determinado periodo de tiempo a partir del momento en que fue solicitado; adicionalmente, se debe pagar una tarifa para el mantenimiento del registro durante el tiempo total de la vigencia, es muy preciso que esta innovación se pueda catalogar como novedad y con una aplicación industrial.

La ventaja de solicitar este título de propiedad causará que la ley sancione a todo aquel que fabrique o realice productos, venda u ofrezca el modelo objeto de protección, sin el consentimiento del titular. Dichas sanciones van desde multas hasta con la privativa de la libertad según demande la situación.

- **Patente o patente de invención:** Igualmente es un título de propiedad, pero este es otorgado a todo lo que sea producido como nuevo producto o procedimiento que ofrece una nueva manera de hacer algo, o nueva solución técnica a un problema. El tiempo de

vigencia que se otorga a este título es más largo que el otorgado por el modelo de utilidad.

En atención a lo relacionado, ambos casos en esencia son títulos de propiedad otorgados por el estado dando al titular el derecho de explotar e impedir temporalmente a otros la fabricación, venta o utilización comercial de la invención protegida, la manera más fácil de diferenciar, es que una se enfoca en las nuevas invenciones y la otra en el mejoramiento o descubrimiento de una mejora aplicable a un objeto para optimizar procedimientos.

Ahora bien, entrando en materia, se puede hablar de una efectiva regulación jurídica de los secretos comerciales, de empresa o de fábrica en Colombia, Ecuador y Perú, cuando encuentran muy delimitados los casos de competencia desleal, que al tiempo no solo buscan la protección de la empresa afectada, sino así mismo, la protección de los consumidores.

En este mismo sentido, se puede decir, que un ordenamiento jurídico que procure, una estabilidad efectiva en materia empresarial, debe hacer de la protección de este, no solo un valor pecuniario sino también penal, ya que ¿Quién garantiza que la persona infractora, al pagar la indemnización únicamente, no reincidirá en actos similares con otras empresas?, es decir, las sanciones penales se tornan ideales para evitar que las personas infractoras no continúen afectando posiblemente más que el estado financiero del demandante.

Además de las normativas establecidas en la Comunidad Andina, se encuentra que en la legislación interna de cada país, reposan otras en las cuales se procura ser garante de los

derechos de los empresarios que actúan en base a la ley, y así mismo, garantizar la no vulneración de los derechos de los consumidores, al estar en frente o en medio de un acto de competencia desleal por parte de alguno de los implicados, y posiblemente que al adquirir un productos y/o servicio, objeto de la infracción legal de los debidos procedimientos comerciales, este no sea de la misma calidad y más perjudicial, que el ofrecido de forma legal y en base a derecho.

Consecuentemente, se puede decir que en área del derecho privado, se habla de una reserva del derecho al secreto, mediante acciones sancionatorias, que buscan evitar el acceso a la información oculta y en el área del derecho público, lo importante es diferenciar que merece ser protegido y que no es objeto de protección, es decir, es menester establecer, cual es la información que se constituye como secreto, debido a la vigencia del principio de transparencia, lo cual implica, requerir a las entidades públicas para que mantengan en reserva la información realmente importante, y permita el acceso a las demás personas de los documentos que se consideran de conocimiento público.

Ahora bien, existe la llamada: ***Protección Convencional del Secreto***, que no es más que la conocida como acuerdo de confidencialidad, que definida, consistiría en el acuerdo de voluntades de dos o más personas obligadas por mutuo disenso en la reserva de una información imprescindible y establecido dicho acuerdo, mediante un documento escrito conocido como: Convenio, pacto o acuerdo de confidencialidad.

Es menester tener en cuenta, que acuerdo de confidencialidad, no es lo mismo que cláusula de confidencialidad, porque mientras que la primera consiste en la protección, custodia y no uso de una información, la segunda, se encuentra insertada dentro de un contrato que no toca propiamente temas relacionados al Secreto de una información.

CAPITULO IV

CONSIDERACIONES FINALES

¿La Normativa de la legislación existente en Colombia es efectivamente aplicable en materia de propiedad intelectual e industrial, específicamente en razón de los secretos Comerciales, de Empresa o de Fábrica?

En Colombia, la Corte Constitucional, mediante Sentencia No. T-381/93 hace alusión a lo siguiente:

La propiedad industrial está protegida en sus distintas expresiones por normas especiales de orden interno y por convenciones de Derecho Internacional aplicables en Colombia, que consagran procedimientos administrativos y judiciales orientados, precisamente, a preservar los derechos básicos de quien la tiene a su favor de conformidad con la ley. A su vez, de la propiedad industrial hacen parte los secretos industriales, es decir, los que se refieren a los factores técnicos o científicos que, combinados de cierta manera, permiten una fabricación o transformación de productos con resultados específicos y característicos de la empresa industrial que los posee. Lo que se conoce como "Know how"²⁴ es objeto de protección jurídica en razón precisamente del vínculo que establece entre el proceso y su resultado, cuyo conocimiento y manejo pertenece a la empresa y forma parte de su patrimonio. Las actividades que debe adelantar el Estado para el

²⁴ **El Know how**, es español traduce saber cómo o **Conocimiento Fundamental**, el cual constituye en una forma de transferencia de tecnología. Este Conocimiento fundamental, se ha venido utilizando en los últimos tiempos en el comercio internacional para definir los conocimientos preexistentes no siempre académicos, que incluyen: técnicas, información secreta, teorías e incluso datos privados (como clientes o proveedores). http://es.wikipedia.org/wiki/Know_how

cabal ejercicio de sus potestades de imposición, determinación y cobro de tributos, así como para investigar a los contribuyentes y para cerrar posibles vías de evasión y elusión de impuestos, ciertamente limitan y restringen el derecho de propiedad en sus distintas manifestaciones, pero encuentran soporte suficiente en la Constitución Política.

En razón de lo anterior y que si bien en Colombia se ha fortalecido la protección del consumidor y la protección de los Secretos Empresariales de muchas empresas que se encuentran dentro del comercio y muchas otras que están incursionando en esta vida mercantil, aún las Autoridades competentes, se encuentran dilatando los procesos de protección al derecho legalmente obtenido, al hacer más prolongadas las respuestas a las denuncias presentadas y a los procesos de registro, una vez se inician por medio magnético o por vía internet.

Al respecto, y sin ser un poco tajante en mi criterio de la efectividad de la ley en Colombia, es importante, dar a conocer que es el mismo ordenamiento jurídico quién abre paso a la acción típica, identificada como aquel objeto de una necesaria restricción, toda vez que incluye en la norma penal solo las conductas que se llevan a cabo a través de actos comisivos responsables, que incorporan un significativo desvalor de acción.

Ahora bien, y refiriéndose a la necesaria restricción de la acción típica, se está haciendo alusión específicamente en la esfera del desvalor de dicha acción, lo cual permite circunscribir la órbita típica a los supuestos de obtención de la información por medios ilícitos. Adicional a esto, es factible entender que existe el apoderamiento típico.

El desvalor de la acción, está conformado por actos que consisten en una actividad de “apoderamiento”, como lo decíamos en el párrafo anterior, por cualquier medio, indistintamente de las clases de objetos referidos al secreto empresarial, o en el empleo de alguno de los medios o instrumentos señalados por la ley. Adicionalmente, referente a la actividad de apoderamiento, constitutiva de la primera modalidad comisiva, hay que tener en cuenta que no puede ser restringida en el sentido tradicionalmente vinculado a los delitos contra el patrimonio, o sea concebida como un apoderamiento material con desplazamiento físico de cosa aprehensible, sino que debe englobar también toda captación mental o intelectual de la información confidencial empresarial.

Hasta aquí, basta manifestar mi acierto en la creciente mejoría de los últimos años en la aplicación de la legislación de propiedad Intelectual e industrial en Colombia, por lo cual en materia de Secretos Empresariales, se ha reforzado la mismo en el área penal y comercial. Evitando en ese sentido, la laguna que pudiese surgir en la hipótesis de que la conducta violadora del secreto empresarial recaiga sobre un soporte físico que perteneciese a la esfera de dominio de un empleado.

No obstante lo anterior, refiriéndose al dolo, se puede decir que en Colombia, el tipo doloso incorpora un elemento subjetivo referente a la acción, el cual pertenece a la categoría de los delitos de intención, que aparecen integrados para identificar un secreto de empresa. Ahora bien, a pesar de ello debe entenderse en este elemento subjetivo que el secreto empresarial que se ha descubierto a consecuencia de este, debe ser evaluable económicamente, del cual debe surgir la idoneidad para comportar ventajas competitivas.

Por otra parte, según la doctrina y la jurisprudencia, manifiestan que el elemento subjetivo en comentario posee dos posibles significados: como equivalente a “ánimo de divulgar el secreto” o como equiparable a “ánimo de conocerlo”.

En ese mismo sentido, un autorizado sector doctrinal se ha venido inclinando por el segundo significado, toda vez que si bien es consciente de que de ese modo surgen lagunas indeseables, es factible que surja una propugna paralelamente de una reforma en este punto. Sin embargo, otro sector doctrinal y la jurisprudencia actualmente dominante consideran que el tipo doloso, exige un ánimo de divulgar o revelar el secreto a otros, sobre la base de entender que la protección del secreto de empresa tiene precisamente su fundamento en la importancia económica de la información de cara a la capacidad competitiva de la propia empresa.

A buen juicio y sin dejar de compartir esta última reflexión, hay que llamar la atención acerca de una indeseable laguna de punibilidad que también surgiría con esta segunda interpretación y que, por lo que he alcanzado a discernir, no ha sido parte de alguna de las doctrinas del tema.

Específicamente, al referirse al caso en el que el autor lleve a cabo el apoderamiento del secreto con ánimo de utilizarlo para su propio beneficio; a lo cual, si el elemento subjetivo no incluye este ánimo, la conducta de apoderamiento del secreto con el fin de ser utilizado por el agente sería obviamente atípica con arreglo a lo establecido en la ley, pero además tampoco podría ser castigada como tentativa del delito de violación o divulgación del secreto empresarial.

De lo anterior, es menester inferir que el “ánimo de descubrir un secreto de empresa” debe ser entendido no solo como ánimo de revelarlo a terceras personas, sino también como ánimo de utilizarlo, toda vez, que en razón de este podemos hacer uso de las leyes referidas, al constituirse como el “ánimo de obtener un provecho, propio o de un tercero”, o el “de perjudicar al titular del secreto.

Por lo demás, a modo de síntesis, interesa recalcar que dicha finalidad debe ser anterior o contemporánea de la ejecución de las modalidades comisivas de apoderamiento o empleo de artificios técnicos, y de ahí se colige la atipicidad de los descubrimientos fortuitos de secretos empresariales, aunque con posterioridad a ellos se utilizase la información obtenida para atentar contra la capacidad competitiva de la empresa.

Por último, es importante subrayar que el elemento subjetivo del tipo doloso, constituirá un criterio decisivo para delimitar el delito en comentario de otras figuras delictivas afines, así como para resolver en su caso determinados problemas concursales.

CONCLUSIONES

Una vez estudiados, los capítulos anteriores, se puede decir que Los Secretos Industriales son uno de los activos intangibles más importantes de una empresa al momento de hacer negocios y es la única temática de la propiedad intelectual, donde la existencia y representación de la misma, depende exclusivamente del titular del derecho, toda vez, que en sus manos recae la responsabilidad de salvaguardar la información objeto del secreto.

En este mismo sentido, se puede decir, que debido a la naturaleza de los Secretos empresariales, industriales, comerciales o de fábrica, éstos no son susceptibles de registro, teniendo en cuenta, que dicho registro podría ocasionar la disolución del carácter de secreto y en consecuencia al no registro, el secreto industrial dura todo el tiempo necesario, siempre y cuando la información se mantenga guardada.

Por otro lado, en base a lo estudiado hasta ahora, se puede discernir que este tipo de secretos, en materia de propiedad intelectual, vendría ocupando un papel preponderante, debido a la importancia económica que van representando en la evolución comercial y legislativa. En cuanto a la relación que muchos plantean de las patentes y los secretos empresariales, es de gran relevancia, mencionar que estos últimos son la única forma de proteger aquellos conocimientos que cambian constantemente y no siempre se pueden proteger por medio de una patente.

Ahora bien, si se pretende sintetizar que aspectos protegen los secretos comerciales, empresariales, comerciales o de fábrica, es imprescindible citar como dichos aspectos, los siguientes:

- La información contenida en productos, procedimientos e ideas.
- La información poco conocida y difícil de obtener por personas ajenas al titular del derecho.
- La información que se pretende mantener en secreto, sea útil y de gran diferencia potencial en los negocios
- La información debe otorgar una ventaja competitiva al titular del derecho

Sin embargo, no existe una lista que mencione taxativamente toda aquella información que puede ser protegida mediante la figura de Secreto Empresarial, comercial, industrial o de Fábrica en Colombia.

Por ello, hay que tener en cuenta que una información para ser considerada secreto debe cumplir con los siguientes requisitos: La información debe ser secreta, tener un valor comercial por ser secreta, que el titular del derecho tome las medidas preventivas necesarias para mantener oculta una información y que la información objeto del secreto represente una importancia económica para los negocios del titular del derecho.

Para finalizar, con esta corta conclusión, se debe tener presente que en Colombia la legislación o normatividad vigente para los secretos empresariales, comerciales o de fábrica, incluyen los acuerdos sobre los derechos de la propiedad intelectual y los tratados de libre comercio, es decir, que entre el marco normativo para su respectivo análisis, se encuentran: ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio); Decreto 2153 de 1992; Ley 256 de 1996; Decreto 266 de 2000; Decreto 2591 de 2000; Tratado de Libre Comercio entre Colombia, Venezuela y México (G3); Decisión 486 de 2000.

Luego de haber desarrollado los referentes teóricos dentro del presente trabajo, es pertinente extraer las siguientes conclusiones:

En Colombia existe un marco jurídico amplio desde la propia constitución que faculta al Estado a intervenir en el derecho a la protección de los Secretos Empresariales, Comerciales o de Fábrica, en uso de las facultades que le confiere las normas relativas a preservación de La Libre Competencia, pero que solo en los últimos años se ha incrementado la aplicación legislativa.

Si bien es cierto que en Colombia, hay ley para la protección, no es menos cierto que en materia comercial, ésta no ha sido propiamente explotada, es más, solo desde hace unos 10 años, se ha dado a conocer los verdaderos derechos de nosotros como consumidores y de nosotros como competidores, Por qué? Porque ante el déficit económico mundial, es indispensable incrementar y convertirse en una potencia entre los competidores de los mercados que nos acapara.

Es menester explotar y/o emplear en derecho las herramientas a la mano de cada persona, como lo son el respeto y la autoridad para el cumplimiento de los principios establecidos en la Constitución Política Nacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Ascarelli, T. (1970). Teoría de la concurrencia y Los bienes inmateriales. Bosh casa Editorial, Barcelona. Páginas 205-220

Baylos Corroa, E. (1978). Tratado De Derecho Internacional. Civitas Editorial, Madrid. 1978. 321p.

Cabanellas De Las Cuevas, G. (1984). Régimen Jurídico de los Conocimientos Técnicos, Know How y Secretos Comerciales e Industriales. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina

Martínez-Buján Pérez, C. (2010). Delitos Relativos al Secreto de Empresa. Tirant Lo Blanch, Valencia, España.

Martínez Villalba, J. C. R. (2008). El Derecho de los Secretos. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia.

Otamendi, J. (2010). Los Valoren Intangibles de la Empresa. Abeledo Perrot, Buenos Aires/Bogotá/México/Santiago, 2010.

Reyna Alfaro, L.M. Fundamentos para la protección Penal de La Información como valor económico de empresa. Revista electrónica de Ciencias Penales (RECP). www.derecho.org.

Roubier, P.(1952). Le Droit De La Propriété Industrielle. París. p. 536 y ss.

Tobón Franco, N. (2008). Secretos Industriales, Comerciales y Know How. Biblioteca Jurídica
Diké, Medellín, Antioquía. 2008.